

Ó LIBRERIA

DE JUECES, ABOGADOS Y ESCRIBANOS,

COMPRENSIVA DE LOS CODIGOS

CIVIL, CRIMINAL Y ADMINISTRATIVO,

TANTO EN LA PARTE TEORICA COMO EN LA PRACTICA,

CON ARREGLO EN UN TODO A LA LEGISLACION HOY VIGENTE.

POR

EL ILUSTRISIMO SEÑOR

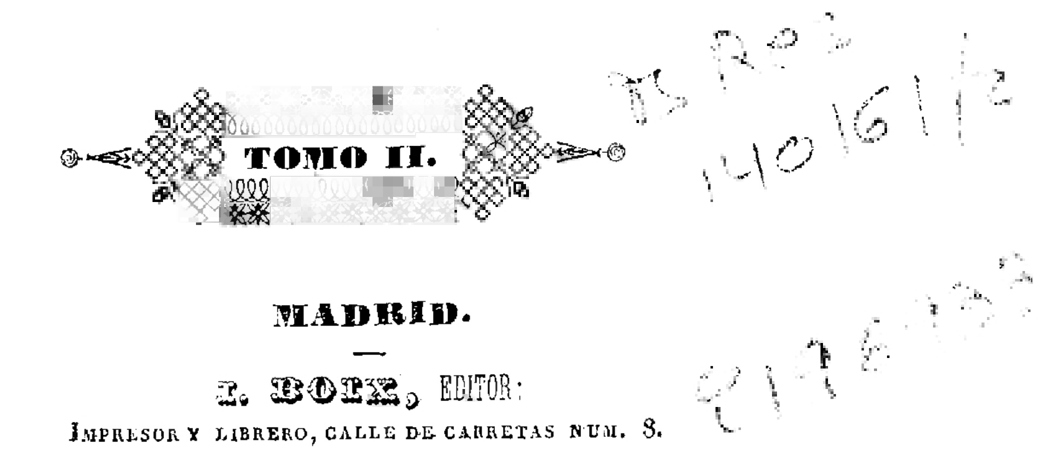
Don Florencio Garcia Goyena,

Magistrado honorario del Supremo Tribunal de Justicia, Regente que ha sido de las Audiencias de Valencia y Burgos, Ministro de la de esta Corte, y antiguo Síndico consultor de las Córtes y Diputacion permanente de Navarra.

Y

Don Joaquin Aguirre,

DOCTOR Y CATEDRATICO EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID.



TOMO II.

MADRID.

I. BOIX, EDITOR:

IMPRESOR Y LIBRERO, CALLE DE CARRETAS NUM. 8.

LIBRO SEGUNDO.

TITULO X.

De las mejoras.

1196 Hemos dicho en en el núm. 1145 que todos los bienes de los ascendientes, escepto el quinto, constituyen la legítima de los descendientes. Sin embargo, no todos son legítima precisa y necesaria de estos de tal modo, que los ascendientes no puedan disponer del tercio á favor de alguno ó algunos de sus hijos ó nietos, ademas del quinto de que segun la ley pueden disponer á su arbitrio. Dejando pues los ascendientes el tercio á favor de alguno de sus descendientes, y disponiendo del quinto como la ley les permite, solo percibirán los demas su legítima precisa; y aquel á quien se concede el tercio se dirá mejorado, pudiendo serlo tanto en este como en el quinto, y tambien en ambos. (Leyes 1 y 2, tit, 6, lib. 10, Novis. Recop.) De aqui se infiere que *mejora* será *la porcion de bienes que los ascendientes dejan á sus descendientes, ademas de su legítima precisa.*

SECCION I.

De las personas que pueden mejorar, y ser mejoradas.

1197 La facultad de mejorar compete á los padres respecto de sus hijos legítimos, aunque sean procreados en diversos matrimonios, y aun en el caso de que siendo el padre rico, y la muger segunda pobre, se deba dar á esta la cuarta marital que la ley le concede.

1198 Pueden tambien los abuelos mejorar en el tercio y quinto de sus bienes libres ó en uno de ellos á sus nietos y descendientes legítimos, aunque vivan sus hijos, padres de estos. (Ley 2, tit. 6, lib. 10, Novis. Recop.)

1199 No solo tienen los abuelos la facultad de mejorar á uno de sus nietos ó descendientes, sino á todos los que tengan, escepto á uno.

1200 Asimismo es permitido al abuelo, aunque tenga un solo hijo y de él un nieto ó nietos, mejorar á estos; pues en este caso hay eleccion de persona, que es lo que se requiere para que pueda haber mejora.

1201 El testador que tiene un solo hijo ó descendiente, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, en el que sucede forzosamente, pero sí en el quinto, del cual puede disponer á su arbitrio.

1202 La muger casada no puede mejorar á hijo ni descendiente alguno suyo en contrato, sin licencia de su marido; ni tampoco en donacion por causa de muerte con entrega de los bienes donados, pero sí sin ella.

1203 Aunque las leyes 17, 19 y 27 de Toro, permiten á los ascendientes legítimos que mejoren á sus legítimos descendientes en contrato ó última voluntad, segun lo cual parece que la madre y abuela, estando casadas, pueden por sí solas hacer lo mismo que el padre y abuelo, no obstante, parece mas cierta la opinion de aquellos autores que dicen ser necesaria la licencia del marido para que las mugeres casadas puedan mejorar por contrato á sus descendientes. La ley 11, tit. 1.°, lib. 10 de la Novis. Recop., 55 de Toro, prohibe absoluta é indistintamente á la muger casada celebrar contratos y cuasi contratos con tercero, sin licencia de su marido, y por lo mismo las citadas de Toro deben entenderse en caso de que intervenga dicha licencia, y por consiguiente que la mejora y donacion sin ella serán de ningun valor.

1204 Puede el mejorante señalar por sí mismo en una ó mas fincas, ó en dinero ú otras especies la mejora de tercio y quinto ó cualquiera de ellas, mas no cometer á otro su consignacion. (Ley 3, tit. 6, lib. 10, Novis. Recop.)

(El reformador de Febrero dice en una nota al número 108 del párrafo 4, capítulo 5.° del libro primero, que la razon que se dá por Febrero en apoyo de la doctrina de este número, es sútil y vana, y en efecto nosotros la creemos tal, y la omitimos por lo mismo: no era necesario ir á buscar razones en confirmacion de la ley espresa que asi lo determina, y si lo hubiera sido, no serian por cierto las que da Febrero, y sí se encontrarian en las de su reformador, que cree que el objeto de la ley fué sin duda alguna evitar los perjuicios que podian seguirse de conceder la facultad de designar los bienes en que debe consistir la mejora, por el abuso que de ella puede hacerse, y porque generalmente hablando nadie puede saber como los padres en qué cosas conviene hacer la consignacion, ó hacerla con mas arreglo.)

1205 La prohibicion de que se habla en el número anterior tiene lugar cuando la comision fué general para testar, mas no si fué especial para mejorar á cierto descendiente ó descendientes en cantidad determinada, y consignar la mejora.

(No estamos conformes con la opinion que sigue Febrero, y nos parece mas arreglada á la letra y espíritu de la ley la contraria; tanto porque en ella precisamente se habla de las mejoras, cuanto porque sus últimas palabras *que no lo pueda el testador cometer á otra persona alguna* no admiten escepcion. Ademas, ¿no hay las mismas razones para que se abuse en el un caso que en el otro? Sala en su *Ilustracion del Derecho Real*, número 5, tit. 6, lib. 2, para sostener nuestra opinion dice, que si los legisladores de Toro hubieran querido admitir la escepcion, la hubieran espresado, como lo hicieron en la 31, que es la 1, tit. 18, lib. 10, de la Novis. Recop.; pero al mismo tiempo incurre en la contradiccion de no comprender al mejorado en la prohibicion de que pueda el padre cometerle la facultad de elegir los bienes en que ha de consistir la mejora, dando para ello una interpretacion violenta á las palabras de la ley, que habla absoluta é indistintamente. Es imposible conciliar esta facultad que se quiere dar al mejorado con el objeto de la ley: los mismos perjuicios pueden seguirse de que éste haga la consignacion que si la hiciera otro, y aun creemos que mayores: pues al disgusto que suelen tener los no mejorados de ver pre-

ferido á otro, se añadirian las muchas disputas que habria entre ellos y el que lo habia sido, porque es muy probable que este designase fincas en perjuicio de aquellos.)

1206 Las hijas no pueden ser mejoradas por razon de dote ni casamiento, y si sus padres las mejoran por dicho motivo no vale la mejora. (Ley 6, tit. 3, lib. 10, Novis. Recop.)

1207 Tampoco vale el pacto ó promesa que por esta razon haga el padre á su hija ó yerno, de no mejorar á los demas hijos; pues por este pacto es visto ser mejorada, á causa de privarse el padre de mejorar á los otros hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir si su padre los mejorare.

(Esta doctrina no nos parece la mas corriente, á pesar de ser muchos los autores que la defienden, pues prometiendo el padre no mejorar, no hay mejora que es lo que la ley prohibe, sino que por la promesa establece una igualdad entre sus hijos, que le es permitida, y que lleva á efecto con no mejorar á ninguno.)

1208 La mejora que de cualquier otro modo haga el padre á la hija será válida, porque no tiene para ello prohibicion legal; y esto debe entenderse de toda clase de mejoras, escepto de las que hemos indicado en el núm. 210.

1209 Sin embargo de que la madre no tiene obligacion por derecho de dar dote à sus hijas (núm. 200) no puede mejorar á las legítimas dándolas por via de dote ó casamiento el tercio ni quinto de sus bienes, porque la prohibicion de la ley *ninguno pueda dar ni prometer* la comprende como al padre.

1210 Lo mismo procede respecto de las hijas naturales á falta de hijos legítimos, porque aquellas son sus herederas necesarias si carece de otros, pero si tiene hijo ó hija legítima no puede mejorar á la natural, ni dejarle mas que el quinto; y los hermanos naturales no pueden impedir que esta sea mejorada como heredera forzosa de su madre.

(El abuelo paterno no tiene obligacion de dotar á sus nietas sino en los casos espuestos en el núm. 199, pero en órden á si la prohibicion de mejorar el padre y la madre á sus hijas legítimas por razon de dote y casamiento se amplía al abuelo respecto de sus nietas, hijas de hijo ó hija teniendo otros hijos ó nietos, están discordes los autores. Febrero en el núm. 74 se adhiere al dictámen de Acevedo, que quiere que si la nieta es hija de hija, milite para con ella la prohibicion, porque no debe ser de mejor condicion que su madre; pero si es hija de hijo no, porque la ley habla de hijas, y en estas no se comprenden los varones; á lo cual añade algunas otras razones que impugna su reformador, quien cree que la prohibicion debe ser igual, ó que podrá el abuelo mejorar por via de dote ó casamiento lo mismo á las nietas hijas de sus hijos, que á las de sus hijos. Nos parece muy juiciosa la opinion del reformador y no encontramos motivos para repugnarla.)

SECCION II.

De los modos de hacerse las mejoras.

1211 Las mejoras se pueden hacer *espresa* y *tácitamente.*

1212 Será espresa la mejora cuando usa el mejorante de la palabra *mejore* ú otra equivalente.

1213 Tácita cuando hace donacion simple al descendiente solo por beneficiarle, en cuyo caso se presume que le mejora en lo que le dona, escepto que conste lo contrario de la voluntad del donante, pues siempre se debe atender á la mente de los contrayentes, y recurrir á las conjeturas. (Ley 10, tít. 6, lib. 10, Novís. Recop.)

1214 La mejora puede hacerse en testamento ó por contrato entre vivos, y ambas de tres modos.

1.º Por espresion de cuota cierta, como del tercio generalmente.

2.º Por espresion de cosa cierta, cuyo valor indica si es ó no mejora.

3.º Por espresion de una cuota fija como tercio ó quinto, señalando el mejorante la cosa cierta en que ha de entregarse.

1215 Mejorando genérica y simplememente el padre á un hijo en contrato ó última voluntad, sin espresar si en el tercio ó en el quinto ni señalar la cosa ó cantidad en que quiere que lo sea, y diciendo solamente *mejoro á mi hijo Fulano*, aunque parece que no será de ningun valor esta mejora por la incertidumbre de la cosa, cuota ó cantidad, valdrá sin embargo no solo en el quinto sino tambien en el tercio, porque siendo su ánimo declarado el de mejorar á aquel hijo y haciéndole la mejora, es manifiesto que quiere estenderse y referirse á todo lo que le permiten las leyes, en las cuales consta de cuanto puede testar. (Ley 10, tít. 6, lib. 10, Novís. Recop.)

1216 Si la mejora fuese el tercio y quinto de los bienes del mejorante ó alguno de los dos, y los bienes consignados no alcanzan para su pago total atendidos los que se encuentren pertenecerle al tiempo de su muerte, se debe suplir lo que falte de los demas de la herencia.

Pero si las mismas cosas fueren señaladas por tercio y quinto en estos términos, *mejoro á mi hijo F. en tal y tal finca por razon de tercio y quinto, ó le mejoro en tal y tal cosa* sin mas espresion, no se debe suplir del resíduo de sus bienes lo que falte para completar el tercio de todos los del mejorante, porque es claro que solo quiso dejar al mejorado por razon del tercio las cosas consignadas.

1217 Cuando los padres hacen donacion á alguno de sus descendientes legítimos en contrato ó última voluntad, aunque no digan que le mejoran, se entiende ser mejorado en el tercio y remanente del quinto, y se ha de contar lo que quepa en estos, para que á ningun otro pueda mejorar en mas de su importe, pues si asciende á mas se tendrá por legítima, y escediendo á esta y á la mejora, debe el donatario restituir el esceso á los coherederos. (Ley 10, tít. 6, lib. 10, Novísima Recopilacion.)

Mandando los donantes que el donatario traiga á colacion y particion á cuenta de su legítima la cosa que le hubieren donado, se entenderá que no han querido mejorarle.

1218 Mejorando el padre á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes en disposicion última, é imponiéndole el gravámen de restituirlo á otro hijo ó descendiente á cierto tiempo, si despues en el artículo de la muerte dejó simplemente el mismo tercio y quinto á otro hijo, se entiende quitado el gravámen de restitucion impuesto al primero, por el hecho de no haberlo espresado.

1219 Si el padre del testador dejó á este un fundo con la condicion de que despues de la muerte del mismo testador habia de pasar á su hijo mayor, nieto de su padre, se entiende este mejorado por su abuelo, y debe dársele el fundo cumplida la condicion.

1220 Entregando el padre á su hijo emancipado cierta cantidad de dinero, aunque sea grande, para que en suelo suyo construya un edificio ó plante viña ú olivar que de otro modo no construiria ni plantaria, se supone que le dona la cantidad, y de consiguiente que le mejora en ella, como tambien en la cosa que compra en nombre de él y se la entrega.

1221 Haciendo el padre en su testamento ó en otra disposicion última algun legado á su hijo, é instituyéndole heredero igualmente con los demas, el legado se debe tener por mejora, como si se hubiera hecho en donacion ó contrato. (Ley 10, tít. 6, lib. 10, Novís. Recop.)

1222 Mejorando el ascendiente en el quinto de sus bienes por donacion pura á alguno de sus descendientes legítimos, y á otro en testamento ú otra última voluntad, sin disponer del tercio, valdrán ambas mejoras, no obstante que la ley 28 de Toro prohibe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte. La razon es, porque si tiene facultad para mejorar á alguno ó algunos de sus descendientes en el tercio y quinto de sus bienes libres, con mayor motivo podrá hacer la donacion ó mejora del segundo quinto, que importa menos que el tercio, y como aunque puede mejorarlos en el tercio íntegro no está obligado á hacerlo, se entiende por lo mismo, que uno de los dos quintos es parte del tercio, y que quiere que lo restante de este sirva para aumento de las legítimas de todos sus descendientes.

1223 Aunque la legítima de los hijos y descendientes legítimos no puede gravarse por sus ascendientes, si estos dejaren á algunos mas porcion que la que les corresponda por ella, se les permite poner en el esceso condiciones posibles y honestas, que deberán cumplir los mejorados. (Ley 11, tit. 4, Part. 6.) Se esceptúa de esta regla general la donacion perfecta y hecha simplemente en contrato. (Gomez, ley 17 de Toro, núm. 22.)

SECCION III.

De la revocacion de las mejoras.

1224 Aunque los hijos y descendientes legítimos sean mejorados en contrato ó última voluntad, no se hacen al punto dueños de los bienes de la mejora de tal suerte que sea irrevocable; pues por el contrario sus padres ó ascendientes pueden revocar hasta su muerte la del tercio que hicieron á su favor en testamento ó en otra disposicion última ó en contrato, estén en su poder ó fuera de él. *Cuando el padre ó la madre mejorare á alguno de sus fijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra postrimera voluntad, ó por algun contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que fizo la dicha mejoria, ó no, fasta la hora de la muerte la puede revocar cuando quisiere.* (Ley 1, tít. 6, lib. 10, Novís. Recop.)

1225 Puede sentarse como regla general, que todas las mejoras son

revocables, siempre que constare ser la voluntad espresa del mejorante el hacer la revocacion; y se presumirá ademas que quiere revocarlas, en los casos siguientes:

1.º Si habiendo mejorado el padre á un hijo suyo en testamento, le lega despues en codicilo un fundo, mandando se contente con este; en cuyo caso el mejorado no llevará mas que el fundo, equivalga ó no al valor de la mejora.

2.º Cuando el ascendiente, despues de haber mejorado en testamento á su descendiente, hipotecó la cosa en que consistía la mejora en tanta cantidad, que no pueda haber esperanza de satisfacerla.

3.º Se presume tambien revocada la mejora que el padre hizo á su hijo, cuando despues de hecha enagenó voluntariamente ó donó la cosa en que habia consignado la mejora.

4.º Se disminuye la mejora por revocacion, cuando el mejorante dona ó lega parte de la cuota en que hizo la mejora.

5.º Cuando el padre mejoró á alguno de sus hijos en el tercio de sus bienes para el caso de que se casase con cierta muger, si esta fallece antes de celebrarse el matrimonio; siempre que la causa impulsiva y final de hacerla fuere el mismo matrimonio.

6.º Si el testador que habia mejorado á uno de dos herederos suyos, mejora posteriormente al otro, espresando que lo hace para que haya igualdad entre ellos.

7.º Si despues de haber mejorado el padre á su hijo se suscita entre ambos una grande enemistad, aunque si despues se reconcilian convalecerá la mejora.

SECCION IV.

De los casos en que la mejora es irrevocable.

1226 No pueden los ascendientes revocar la mejora del tercio hecha á sus descendientes.

1.º Cuando habiendo sido hecha por contrato hayan entregado al mejorado ó á quien le represente la posesion de los bienes de ella.

2.º Cuando á presencia de escribano le hayan dado la escritura en que estaba constituida.

3.º Cuando proceda de un contrato celebrado con un tercero por causa onerosa, como por casamiento, remuneracion ú otra semejante, pues en estos casos es irrevocable la mejora; á no ser que el mejorante se haya reservado en el mismo contrato la facultad de revocarla, ó concurra alguna de las causas por las que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas, de que se hablará en su oportuno lugar. (Ley 1, tit 6, libro 10, Novis. Recop.)

1227 Si el marido y la muger constante el matrimonio y de conformidad mejoran en testamento ú otra última disposicion, parece que ninguno de los dos ni ambos juntos podrán revocar la mejora, especialmente si entregaron al mejorado la posesion de los bienes de ella; pero no es así, porque la ley 17 de Toro, que es la citada en el párrafo anterior, dice: *Salvo si hecha la dicha mejoria por contrato entre vivos oviere entregado la posesion de la cosa ó cosas en dicho tercio contenidas á la*

persona á quien la hiciere, cuyas palabras manifiestan que la irrevocabilidad solo ha de entenderse cuando la mejora del tercio es hecha en contrato, y que cuando se hace en última voluntad debe ser revocable, siguiendo en este caso la naturaleza de las últimas voluntades.

SECCION V.

De los casos en que no se presume revocada la mejora.

1228 Para que se tenga por cierta la revocacion de la mejora es preciso que conste que el mejorante ha mudado de voluntad, ó que se presuma del modo que hemos dicho en el núm. 1225; pero en caso de duda debe creerse que no la ha mudado: por lo que si el padre mejoró en su testamento á un hijo ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto, y despues en codicilo á otro, no se entiende haber revocado la primera mejora; antes bien concurrirán ambos igualmente á su goce, como si á un propio tiempo y en una cláusula fueran mejorados.

1229 Tampoco se presume revocada la mejora, si en un mismo testamento ó en otro acto celebrado incontinenti mejorase el padre á dos hijos con separacion, pues aunque no se niega que puede mudar su voluntad, se cree que no lo ha hecho mientras no lo diga, porque su afecto á los hijos es regularmente igual, y no se presume que sin motivo se quisiese al momento retractar de lo que acababa de hacer.

1230 Mejorando el padre á un hijo suyo en cierta cantidad que tiene en parte determinada, si con ella compra despues un fundo, permaneciendo este en su poder al tiempo de morir, no se presume revocada la mejora, y será del hijo el fundo, por hallarse empleado en el patrimonio de su padre aquello en que habia sido mejorado.

1231 Asimismo si el padre mejora á un hijo en el tercio y quinto, consignándole por parte de su importe los créditos que tiene contra ciertos deudores, y despues de hecha la mejora los cobra y deposita en dinero, ó compra con él algun fundo ú otra cosa, no se entiende revocada la mejora en esta parte, sino que el dinero depositado, ó el fundo comprado con él y ecsistente en poder del mejorante al tiempo de su muerte se subroga en lugar de los créditos.

1232 Si despues de haberse hecho la mejoca en un fundo por testamento, el testador hipotecó el fundo á cierta cantidad que impuso sobre él, no se contempla revocada la mejora. (Ley 40, tít. 9, Part. 6.) Se esceptúa el caso 2.° de que hemos hablado en el número 1225.

1233 Tambien vale la mejora y no se tiene por revocada, si el mejorante por necesidad, urgencia ó por otra causa onerosa enagenó la cosa en que la habia constituido.

1234 Habiendo mejorado el padre en testamento, donacion por causa de muerte ó codicilo á un hijo, si despues le dió los bienes de la mejora sin hacer mencion de ella ni del instrumento en que se otorgó, pasa por la entrega á ser donacion pura é irrevocable; pero si mencionó la mejora y la escritura, se puede revocar: como tambien aunque no lo hiciese, habiéndoselos entregado al instante que fue otorgada la escritura,

porque se cree que dándoselos en virtud de ella, quiere que aquella mejora sea revocable.

1235 Haciendo el padre mejora á favor de alguno de sus hijos y señalándola en cosa determinada, si despues la vende y compra otra, se subroga esta en lugar de aquella; y si le mejora en ciertas cosas suyas, y ademas en otra agena con la condicion de si *fuere suya al tiempo de su muerte*, porque tal vez pensaba comprarla, y con efecto la compra despues y entrega al mejorado, se entiende tocar á la mejora como parte de esta.

Haciendo el padre á uno de sus hijos mejora revocable del tercio y quinto de sus bienes, ó si no tenia mas que un hijo entregándole la mayor parte de estos, aunque despues tenga otros hijos, no se revocará la mejora, pues por ella no son gravados en su legítima necesaria ó rigorosa, y cuando el padre la hizo sabia que podia tenerlos. Esto tiene lugar quedando á los demas hermanos nacidos despues de la mejora su legítima.

1236 En la revocacion de las mejoras han de observarse las dos reglas siguientes:

1.ª Todo lo que se ha dicho acerca de la mejora hecha en última disposicion, tiene lugar en la revocable por contrato, porque son de una misma naturaleza.

2.ª El que afirma la revocacion de una mejora debe probarla, y mientras no se pruebe no se tiene aquella por hecha.

SECCION VI.

Del cumplimiento de la promesa de mejorar ó nó.

1237 La ley 22 de Toro, (6.ª tít. 6, lib. 10, Novís. Recop.) dice: *Si el padre, ó la madre ó alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos de no mejorar á algunos de sus fijos ó descendientes, y pasa sobre ello escritura pública; en tal caso no puede facer la dicha mejoría de tercio ni de quinto, y si la ficiere, que no valga. Y asimismo mandamos, que si prometió el padre ó la madre ó alguno de los ascendientes de mejorar á alguno de sus fijos ó descendientes en el dicho tercio y quinto por via de casamiento ó por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados á lo cumplir y hacer, y si no lo hicieren, que pasados los dias de su vida la dicha mejoría y mejorías de tercio y quinto sean habidas por fechas.*

1238 El padre está obligado á cumplir la promesa de no mejorar, en todos los casos en que la mejora es irrevocable. Tambien está obligado á cumplir la promesa de no mejorar en los casos espresos en esta ley, ya se haga el contrato oneroso con tercero, ya con el hijo solamente.

1239 Habiendo prometido el padre por razon de casamiento ó por otra causa onerosa no mejorar á hijo alguno, y aceptado su hija y yerno la promesa, si procediese contra lo prometido parece deberá pagarles el daño, que por su contravencion les causó, y que no será obligado á cumplir el pacto, puesto que no incumbe á la hija el que le cumpla ó no siempre que se le reintegre de lo que le tocaria á no haberse

contravenido á él, que es lo que puede pretender, y no otra cosa (1).

1240 Si el pacto y la promesa de no mejorar fueron absolutos, sin haber precedido causa alguna para hacerlos mas que la mera voluntad del padre, dirigida al único fin de que todos sus hijos consiguiesen su legítima íntegra y le heredasen igualmente, deberá observar lo prometido y pactado: por consiguiente á ninguno de sus hijos, nietos ni descendientes podrá mejorar, y si lo hiciere será nula la mejora.

1241 Aunque el padre ó la madre prometa por causa onerosa no mejorar á sus hijos ni descendientes en el tercio ni quinto, puede disponer del último, por su alma, á favor de causas pías, ó en lo que quisiere, porque en este caso solo el tercio es legítima necesaria de todos sus hijos; y asi no puede dejar este á uno ó mas, sino que lo han de partir igualmente, por haber adquirido en virtud del pacto igual derecho á él que á los demas bienes: mas del quinto siempre puede usar á su arbitrio, porque de lo contrario se imposibilitaria de testar.

1242 Prometiendo por causa onerosa ó simplemente el padre ó la madre en escritura pública no mejorar á alguno de sus hijos, está obligado á cumplir la promesa, no solo con respecto á este, sino tambien á sus nietos ú otros descendientes suyos.

1243 Sin embargo de que el padre y la madre hayan prometido no mejorar á cierto hijo, pueden mejorar á otro, porque su promesa se circunscribió solamente á aquel.

Esto debe entenderse cuando la causa de la promesa de no mejorarle no fuese porque todos sucedieran igualmente, pues si hubo esta razon y en la promesa se espresó asi, á ninguno de ellos podrá mejorar, siendo de presumir que se hizo mencion del hijo nombrado, porque se creia que habria algun motivo para mejorarle.

1244 Quedan los padres libres del cumplimiento de la promesa *de no mejorar*:

1.º Si el hijo á cuyo favor se hizo el pacto de no mejorar á sus hermanos, la remite y consiente que su padre ó madre mejoren al que quieran.

2.º Cuando el mismo hijo murió sin descendientes antes que el mejorante; pero si falleció en vida de este dejando hijos ó descendientes, no puede mejorar á ningun hijo, porque los descendientes de aquel á quien se ofreció no mejorar á los demas, ocupan el lugar de su padre, y deben sucederle en todos sus derechos.

1245 Tampoco estará obligado el padre ó la madre á cumplir la promesa *de mejorar* á uno de sus hijos, si este renunció el derecho adquirido en virtud del pacto, ó murió en vida del padre ó madre con quien lo hizo sin dejar descendientes; pudiendo por consiguiente aquellos hacer la promesa á cualquiera de los otros hijos.

1246 Pero si aquel á quien se prometió primero dejó hijos, estará obligado el mejorante á cumplir la promesa á todos sus nietos, y no á uno solamente, porque todos juntos entran á ocupar el lugar de su

(1) Véase el número 1207 y lo que allí hemos dicho, y se conocerá la contradiccion en que incurre Febrero en la doctrina de este número y la de aquel.

difunto padre, y suceden en el derecho que le competia, de modo que se ha de dividir entre todos la mejora con igualdad.

Aunque la ley 2.ª, tít. 6, lib. 10, Novis. Recop., permite al abuelo mejorar á cualquiera de sus nietos y descendientes, esté vivo ó no su padre (núm. 1198), la disposicion de esta ley se entiende cuando no se hizo pacto de no mejorar, pues habiendo precedido, no puede el abuelo mejorar á sus nietos sin espreso consentimiento de su hijo, en vida ni tampoco despues de su muerte.

SECCION VII.

De la aceptacion de la mejora con renuncia de la herencia.

1247 El mejorado puede aceptar la mejora, aunque renuncie la herencia, si es heredero.

1248 Cuando el mejorado renuncia la herencia, y acepta la mejora, está obligado á pagar á prorata las deudas del testador.

1249 Ademas de pagar las deudas á prorata, debe el mejorado dar fianzas de satisfacer las que despues resultasen.

1250 La doctrina de los tres números de esta seccion está comprendida en la ley 5, tit. 6, lib. 10 de la Novis. Recop., que dice: *Mandamos que el hijo, ú otro cualquiera descendiente legítimo mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre ó abuelos, que puedan (si quisieren) repudiar la herencia de su padre y madre ó abuelos, y aceptar la dicha mejora, con tanto que sean primero pagadas las deudas del difunto, y sacadas por rata de la dicha mejora las que al tiempo de la partija parescieren, y por las otras que despues parescieren sean obligados los tales mejorados á las pagar por rata de la dicha mejora, como si fueren herederos en la dicha mejora de tercio y quinto: lo cual mandamos que se entienda, ora la dicha mejora sea en cosa cierta, ó en cierta parte de sus bienes.*

1251 Cuando el testamento fuese nulo, lo serán tambien las mejoras, pero subsistirán estas aunque sea nula la institucion de heredero. (Ley 8, tit. 6, lib. 10, Novis. Recop.)

SECCION VIII.

Del modo de deducirse las mejoras.

1252 Para la deduccion de las mejoras se ha de tener consideracion á lo que valen los bienes del mejorante cuando muere, y no á lo que valian cuando hizo la mejora. (Ley 7, tit. 6, lib. 10, Novis. Recop.)

1253 Si cuando el mejorante hizo la mejora tenia pocos bienes y al tiempo que fallece tiene muchos, se deducirá y pagará del importe de estos; y si por el contrario tiene pocos, percibirá menos, aunque cuando mejoró tuviera muchos, pues no hay eleccion de tiempos, háyase entregado en vida el todo ó parte de la mejora al mejorado, ó nada; y solo habiendo habido entrega se unirá su importe al caudal partible, y hecho todo un cuerpo, se deducirá de ello la mejora.

1254 Los descendientes no mejorados deben dar á los que lo son el

valor del tercio y quinto en los mismos bienes que el testador señaló, y no habiéndolos señalado, en los que dejó, á menos que estos no puedan dividirse cómodamente, que entonces pueden satisfacérselo en dinero. (Ley 4, tit. 6, lib. 10, Novís. Recop.)

1255 Cuando no se consignaron los bienes en que habia de consistir la mejora, se ha de dar esta en parte de los que dejó el testador. (Ley 4, tit. 6, lib. 10, Novís. Recop.)

1256 Si la hacienda no tiene cómoda division, no estan obligados los no mejorados á dar precisamente en dinero el tercio y quinto á los que lo han sido, porque no les compele á ello la ley, y antes bien lo deja á su arbitrio diciendo no que *deben*, sino que *puedan*, y entonces pagarán la mejora en dinero ó en otros bienes de la herencia segun quisieren, sin que el mejorado tenga accion á pedir que se le dé indispensablemente en dinero.

1257 Habiéndose hecho la consignacion en todo lo mejor, mas fructífero y permanente, se gravarán por esto las legítimas de los no mejorados y se presumirá dolo, por lo que en este caso el juez hará la asignacion, no precisamente en todo lo dicho, de suerte que lo peor sea para aquellos, sino en lo bueno, de modo que quede bueno tambien para los no mejorados; pues no es justo que ademas de ser mejorado uno lleve los bienes fructíferos, y que sus hermanos no siéndolo lleven lo peor é infructífero.

1258 Mandando el testador que el mejorado pueda de propia autoridad tomar por sí la posesion de los bienes señalados para la mejora, ha de observarse su voluntad; y por el contrario si prohibe que la tome hasta que sus testamentarios cumplan su disposicion y paguen los legados, tambien debe ser obedecido.

1259 Las dotes, arras y demas donaciones hechas á los descendientes no deben contarse para la deduccion de la mejora, porque son bienes de estos, y no de sus ascendientes. (Ley 9, tit. 6, lib. 10, Novísima Recopilacion.)

1260 Cuando es un descendiente solo el mejorado en tercio y quinto, y bajando de cualquiera suerte éste, caben en él los gastos, funerales, misas y legados, es lo mismo deducir antes el tercio que el quinto, porque como el resíduo de éste se agrega á aquel, percibe el mejorado igual cantidad, y en nada se le perjudica.

1261 Dudan algunos autores cómo ha de deducirse el tercio cuando el testador mejora en el de sus bienes á un hijo, y lega á otro ó á un estraño el quinto; porque si se saca primero este con arreglo á la ley del Estilo, y del resto de los bienes el tercio, no se verifica ser mejorado en el de todos sino del resíduo, ni cumplirse la voluntad del testador, que es arreglada á la ley de Toro, la cual le permite disminuir la legítima de algunos de sus descendientes en el tercio íntegro, y aplicarlo á otros, y por lo mismo parece debe deducirse el quinto, y luego sacarse el tercio de todo el importe del caudal del testador, como si el quinto no se hubiera deducido. Pero esta vana ficcion y sutileza de bajar el quinto y suponer que no se ha bajado para sacar el tercio íntegro, se funda en un supuesto falso, porque aunque la ley de Toro permite al testador disminuir la legítima y mejorar á algunos de sus descendientes en el tercio de todos sus bienes, debe entenderse no dis-

poniendo del quinto, pues si dispone, el tercio ha de ser del resíduo que es la legítima que se le permite disminuir, y lo demas sería sacarlo del caudal que ya no hay ecsistente, y con una ficcion aérea perjudicar á los no mejorados, lo cual ni se manda ni se infiere de ninguna ley. En este supuesto para evitar dudas y disputas prevendrá el escribano al testador *que mande deducir el tercio de lo que quede de sus bienes despues de separado el quinto* como se practica, ó sino *que se saque antes que éste.*

1262 Como regularmente cuando hay mejora de tercio y quinto entre los descendientes legítimos del testador se nombra primero el tercio que el quinto, parece segun el orden de las palabras de la disposicion y el comun modo de hablar, que se debe bajar primero el tercio; pero no debe ser asi, pues el quinto dejado en un mismo testamento ó contrato se debe deducir ante todas cosas del cuerpo de la herencia efectiva por favor del alma del mejorante, para que sea de mayor valor. (Ley 214 del estilo.)

1263 Lo dicho en el número anterior tiene lugar aunque la mejora proceda de contrato irrevocable, pues por él únicamente adquirió derecho el mejorado á no poder ya dejar de serlo, mas no á que el tercio se deduzca antes que el quinto.

1264 Aunque la mejora se haga en dos instrumentos distintos, v. g. parte en testamento ó contrato, y parte en codicilo, sean uno, dos ó mas los mejorados, debe deducirse primero el quinto.

1265 La regla general por la que se establece que debe deducirse primero el quinto y despues del tercio tiene algunas escepciones:

1.ª Cuando el mejorante manda que se deduzca antes el tercio que el quinto, sean dos los mejorados, sea uno solo, ya disponga á favor de uno de sus descendientes del tercio y á favor de otro ó de un estraño del quinto, ya quiera que este sea para su alma; pues en todos casos se observará su mandato, porque la deduccion prévia del quinto se ha establecido á favor del testador, y puede renunciar este beneficio á favor del mejorado en el tercio.

2.ª Cuando en contrato irrevocable ó por causa onerosa, como casamiento, hizo mejora del tercio á favor de un descendiente legítimo con entrega de los bienes; y en disposicion última, del quinto á favor de otro ó de un estraño, ó dispuso de este á otros fines.

3.ª Cuando se pactó entre los interesados, como puede hacerse, que la donacion surtiese su efecto antes de la muerte del donante.

1266 La razon de deducirse en estos dos últimos casos el tercio primero que el quinto es, porque mucho antes que el legatario de este adquiriese derecho á él, el mejorado en el tercio lo tenia adquirido al importe de este en el de todos los bienes del mejorante, por cuya razon careció de facultad para legar quinto de parte del tercio, que tocaba enteramente al mejorado en él, y asi para el efecto de deducirse se ha de considerar como una deuda contra el caudal del mejorante.

1267 Esto mismo tiene lugar aunque el instrumento revocable en que se legó el quinto se otorgue antes que el irrevocable del tercio, porque este surtió efecto inmediatamente, y aquel no, hasta que se confirmó con la muerte del otorgante, desde la cual empieza á tener vigor, por no poderlo ya revocar.

1268 Mejorando el padre en alguna última disposicion á un hijo ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, puede dudarse cuál de los dos se ha de bajar primero, y cómo ha de hacerse la deduccion caso que los gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos; y en este caso aunque se deduzca primero el quinto deberá entrar en la mejora la tercera parte del sobrante de aquel, por suponerse que la voluntad del mejorante ha sido que el mejorado reciba el tercio de todo lo que quedare despues de deducidos los gastos.

1269 Si el padre ó la madre mejoró en disposicion última á un descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, mandando que pagase de él los gastos de su funeral, misas y legados, y no disponiendo en ninguna manera del quinto, deberá satisfacerlo todo del tercio hasta lo que alcance el quinto, y no mas, y únicamente se entenderá mejorado en el esceso de uno y otro.

1270 Lo mismo ha de entenderse cuando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo y á otro en el quinto, ordenando que el mejorado en el primero satisfaciese por sí solo los gastos de su entierro y demas espresados, ó que entregase para ellos al mejorado en el segundo la mitad del tercio, pues deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto entero de los bienes del mejorante, y no mas, entendiéndose que mejoró ó distribuyó el tercio entre los dos, dejando mayor porcion de este al mejorado en el quinto que al que lo fué en el tercio.

1271 Para la mas fácil inteligencia de esta seccion pondremos algunos ejemplos de todos los casos que pueden ocurrir en la deduccion de las mejoras.

1.º Toda herencia, para deducirse de ella las mejoras, puede considerarse dividida en 15 partes iguales. Si se saca primero el quinto, corresponden á este tres partes, y cuatro al tercio, y las ocho restantes constituyen el líquido repartible entre todos los herederos, inclusos los mejorados si lo fueren.

2.º En los casos en que segun lo dicho en el número 1265 se deduce antes el tercio que el quinto, corresponden á aquel cinco partes, y dos al quinto, y el resto repartible entre todos será igual que en el caso anterior, esto es, los mismos 8/15.

3.º Habiéndose de hacer la deduccion segun lo prevenido en el número 1269, se rebajarán primero las tres partes que de las quince corresponden al quinto; de ellas se pagarán los gastos del funeral y demas; y si sobrare algo, se agrega el resíduo á las doce partes que quedaron despues de rebajado el quinto, y de la suma total que resulte se deduce el tercio para el mejorado, y el resto se divide por igual entre todos los herederos legítimos.

4.º Siendo dos los mejorados del modo que hemos dicho en el número 1270, deberá hacerse la deduccion del modo siguiente. El mejorado en el quinto llevará las tres partes que le corresponden de las quince espresadas: el que lo hubiera sido en el tercio, satisfará los gastos hasta otras tres partes, quedándole solo otra de mejora caso que hubiera sido preciso emplear las demas, pues si no tambien le pertenece el resto: si hubiera sido necesario gastar mas de las tres partes de las cuatro que tocan al tercio, lo deberá abonar el mejo-

rado en el quinto hasta donde alcance: y los 8/15 ú ocho partes restantes se dividirán como en todos los casos anteriores.

5.º Cuando para hacer la deduccion se ha de contar con bienes asignados por el mejorante, deberá saberse su valor, que si fuere de las cuatro partes de las quince en que se divide la herencia, y hubiere sido mejorado solo en el tercio, se le asignará como tal; si no llegase, se deberá estar á lo dicho en el número 1216: en lo demas se hará la deduccion como en el primer caso.

(Nos ha parecido conveniente dividir en quince partes toda herencia, porque á este número pueden acomodarse todas, sean de las cantidades que fueren, y los ejemplos son genéricos y no especiales de una sola herencia, en lo que nos hemos separado de Febrero) (1).

SECCION IX.

Del derecho de acrecer entre los mejorados.

1272 Mejorando el padre ó la madre en última voluntad en el tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si el uno de ellos fallece ó repudia su parte, ó por otro motivo deja de percibirla, se acrece á los demas mejorados, quienes dividirán entre sí la mejora íntegra, como si hubieran sido solos. (Ley 33, tit. 9, Part. 6.)

1273 Cuando el testador mejora á dos hijos suyos en distintas cláusulas, por ejemplo: *mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de mis bienes*, y en otra, *mejoro á mi hijo Juan en el tercio y quinto de mis bienes*; si el uno fallece ó repudia su parte, ó hay otro motivo por el que no deba llevarla, se acrece al otro.

1274 Lo mismo sucede cuando la mejora se ha hecho en una misma cláusula; como si dijere: *Mejoro á mis hijos Pedro y Juan en el tercio y quinto de mis bienes por partes iguales.* (Ley, tit. y Part. cit.)

1275 Tambien ha lugar al derecho de acrecer en la donacion por causa de muerte hecha por el padre á sus hijos, porque aunque en lo tocante á su forma y solemnidad se equipara al contrato, en cuanto á su confirmacion y efecto se estima por última voluntad, mediante á que por la muerte, y no antes, se trasfiere al donatario el dominio de lo donado.

1276 En la mejora hecha por contrato revocable tiene lugar el derecho de acrecer, porque esta mejora se asemeja al legado y á la hecha en testamento ó en otra última voluntad, por poderse revocar hasta la muerte, con la cual y no antes se confirma.

1277 Pero si el padre ó madre mejorare en contrato irrevocable á dos ó mas en el tercio y quinto de todos sus bienes entregándoles la escritura de mejora, y los mejorados la aceptasen, y despues viviendo el padre falleciese sin sucesion uno de ellos (por cuya razon re-

---

(1) Nuestros lectores observarán que hemos omitido al tratar de las mejoras todo lo que dice relacion con la colacion y los modos de hacerse; pero ha sido con el objeto de ponerlo al tratar de particiones, que es en nuestra opinion su lugar oportuno.

caerá toda su hacienda en su padre como su legítimo y único heredero, segun la ley 6 de Toro), aunque el que sobrevive pretenda la parte de su hermano muerto, no la llevará, porque cuando la herencia ó mejora se acepta no tiene lugar el derecho de acrecer, á causa de que este se introdujo por razon de la parte vacante y presunta voluntad del testador.

SECCION X.

Del derecho á los frutos de la mejora hecha en contrato ó en última disposicion, por no haberse practicado la particion de la herencia.

1278 Cuando se hace la mejora irrevocablemente en contrato ó en cosas ciertas y señaladas, ó aunque sea revocablemente, si no se revocó, y antes bien se entregó al mejorado la posesion de las mismas, le pertenecen los frutos desde su tradicion, porque con esta se trasfirió el dominio de aquellas.

1279 Lo mismo procede en la donacion hecha por causa onerosa con tercero, aun cuando no haya tradicion.

1280 Si no se entregaron al mejorado las cosas contenidas en la mejora, ni se hizo por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante.

1281 Habiéndose hecho la mejora en contrato de una parte ó cuota de bienes ciertos y señalados, aunque no se hubiesen entregado al mejorado, se deben tambien á este los frutos de ellos desde que el mejorante fallece, porque, como consta cuáles son, adquiere aquel su dominio incontinenti.

1282 En el caso de no haberse consignado la mejora, ni de consiguiente entregado los bienes al mejorado, únicamente se le deben los frutos desde que el heredero ha sido moroso en hacer la entrega de los que corresponden á la mejora, porque no habiéndose trasferido su dominio desde el contrato por la incertidumbre de los que se le aplicarian, pudo revocarse la donacion hasta la muerte, y como se atiende á este tiempo para hacer la computacion de la cuota, no se trasfiere el dominio, ni consiguientemente el derecho á percibir los frutos, hasta que se hace la aplicacion de aquella.

1283 Siendo hecha la mejora de cuota en contrato á hijo emancipado, mayor de 25 años, si se le hizo entrega verdadera, deberá percibir los frutos, desde que hubo demora; pero si se hace á hijo que se hallaba bajo la pátria potestad ó á menor, le tocan los frutos desde el tiempo de la tradicion.

1284 Cuando la mejora de cierta cosa particular se hizo en disposicion última sin entregarla, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador, en cuyo tiempo y no antes se le trasfiere su dominio; mas si se entregó dicha cosa le pertenecen desde la tradicion, porque lo adquirió entonces. (Ley 34, tít. 9, Part. 6.)

1285 Dejando el testador descendientes legítimos todos mayores de 25 años, y bienes muebles y semovientes, y otros fructíferos é infructíferos, y mejorando en contrato ó disposicion última á algun descendiente suyo legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto

indistintamente sin entregárselos ni aun consignárselos, si se tarda un año ó mas en evacuar la particion, como frecuentemente sucede á causa de haber que liquidar cuentas, cobrar créditos, ó por otro motivo que no dependa del mejorado, parece que deberá percibir desde la muerte de su padre, no solo el importe de la mejora, sino tambien los frutos, réditos ó rentas líquidas de los bienes fructíferos ó redituables á proporcion de su haber, y no igualmente como los demas herederos, lo cual se funda en las razones siguientes:

1.ª Porque los frutos aumentan la herencia, y de consiguiente el haber respectivo de cada partícipe, segun la voluntad del testador conforme á la ley.

2.ª Porque el mejorado tiene obligacion de pagar las deudas á prorata de lo que le toca (ley 5, tít. 6, lib. 10, Novís. Recop.), y asi como sufre este gravámen debe percibir la utilidad.

3.ª Porque al punto que llegó á ser heredero y aceptó la herencia se le trasfirió *pro indiviso* el dominio de los bienes de ésta, y consiguientemente el de los frutos en su parte como accesorios; y por haber permitido la comunion y no haberse podido dividir la herencia, no es visto haber renunciado los frutos que le competen como á mejorado: ademas de que se convertiría en detrimento suyo la comunion, cuando si la particion se hubiese hecho al punto, se habria utilizado de sus frutos todo el tiempo que media.

4.ª Porque del mismo modo que si mientras los bienes estuvieron *pro indiviso* se hubiera menoscabado la herencia correría la misma suerte la mejora, habiendo tenido aquella incremento con los frutos, debe tenerlo tambien esta.

5.ª Porque durante la comunion subsisten los bienes en compañía, y asi cada sócio debe llevar de los frutos ó utilidades de esta lo correspondiente al fondo que puso en ella ó le dejaron, que es el haber respectivo á la herencia ó mejora

1286 A pesar de todas estas razones, segun las cuales parece á primera vista fuera de toda duda que los frutos deben dividirse á proporcion del haber de cada interesado, no obstante en el caso propuesto se han de dividir con igualdad, y no á prorata, entre todos los herederos, sean legítimos ó estraños, los frutos líquidos que hayan producido los bienes hereditarios durante la comunion, deduciendo y separando de la herencia ante todas cosas la mejora para el mejorado, uniendo luego al residuo de aquella el total y líquido importe de los frutos, y hechas estas dos partidas una suma, dividiéndola igualmente entre todos los herederos, incluso el mejorado.

Esta doctrina se funda:

1.º En que faltando la entrega de los bienes no adquiere los frutos, porque no hay señalamiento de cosas ciertas por cuyo medio se trasfiera el dominio al mejorado, y la asignacion de cuota en el cuerpo de la herencia solo da derecho á ella y no á bienes determinados.

2.º En que la cuota de la mejora se puede pagar al mejorado en bienes que no sean fructíferos.

3.º En que aunque es cierto y constante que los frutos aumentan la herencia, esto se entiende de los que el testador deja pendientes en las fincas fructíferas, ó recogidos en sus trojes y paneras, que son

parte de ella, mas no de los que nacen despues de su muerte; pues solo son y se llaman herencia los bienes que le pertenecen al tiempo de morir, por cuanto no puede hacer suyos los adquiridos ó nacidos despues de su fallecimiento, como que ya no ecsiste, y asi no puede hacer mejora de ellos.

4.º En que de estár obligado á pagar las deudas á prorata de lo que le toca por la mejora, no se deduce que el mejorado deba percibir frutos de ella; pues hasta que se pagan no la hay ni tampoco herencia, por cuya razon se bajan, y deben bajar antes que todo, y de consiguiente nada paga ni se le desfalca, puesto que en lo ageno no puede mejorarle el testador.

5.º En que el haber permitido el mejorado la comunion no le dá el mas leve título ni derecho para la percepcion de frutos como mejorado; y antes bien por su silencio es visto que no los quiso, y que se contentó con los que le tocasen como heredero, pues de lo contrario hubiera protestado que no se le causase perjuicio en ellos, é instado á que se hiciese la particion en el estado en que se hallaba la herencia.

6.º En que para la adquisicion de frutos es indispensable el dominio absoluto, verdadero é indubitable en la cosa que los produce, y el mejorado no lo tiene específico en ninguna de la herencia por falta de tradicion y consignacion, sino universal é indistinto como los demas herederos.

7.º En que aunque es cierto que durante la comunion, menoscabándose la herencia se disminuye tambien la mejora, no lo es que aumentándose aquella con los frutos debe aumentarse tambien esta, pues ni los frutos producidos despues de la muerte del testador son parte de lo que dejó, ni pertenecen á su caudal, sino al comun de todos, y por lo mismo deben dividirse con igualdad.

8.º En que no ecsiste sociedad entre los herederos, sino que todos desean que se evacue cuanto antes la particion para percibir lo que le corresponde.

1287 Lo dicho en los números anteriores debe observarse no solo cuando los herederos son mayores, sino tambien cuando son menores, en cuyo caso si el mejorado goza de privilegio tambien gozan de él los coherederos; si por estar impedido por su menor edad de acelerar la particion, no debe perjudicarle la demora que hubo en evacuarla, tambien lo estuvieron aquellos.

1288 Si el mejorado es menor y los demas herederos mayores, debe observarse tambien lo mismo que si todos fuesen mayores ó menores; y en este caso, si la particion no se hizo por culpa del tutor del mejorado, podrá este reconvenirle para que le indemnice del daño que se le originó en estar privado de los frutos que pudieran haberle producido los bienes redituables que se le aplicasen en pago de su mejora.

1289 Cuando el testador mejora en cosa cierta ó en el tercio de sus bienes ó en el tercio y quinto á uno de sus hijos, consignando la mejora en bienes determinados que atendido su caudal líquido no escedan del valor de ella, no llevará el mejorado como tal mas frutos que los que durante la comunion rentaron las fincas señaladas, sean muchos ó pocos.

1290 Mejorando el padre ó madre á uno de sus hijos en el tercio ó

quinto con consignacion de cosa cierta, y señalando á otro su legítima en otra, aunque la de éste produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas que lo que su finca produjo, porque el otro hijo adquirió igual dominio en la de su legítima que él en la de su mejora.

SECCION XI.

De la restitucion de los frutos de la mejora que ha sido revocada.

1291 En algunos casos en que la mejora ha sido revocada, está obligado el mejorado á restituir con frutos la cosa en que se le mejoró, en la forma y modo que vamos á esponer.

1292 En la donacion por causa de muerte, por estar suspensa y sin efecto mientras vive el testador, debe restituirse, si ha sido revocada, la cosa que se donó con los frutos adquiridos desde que se hizo la donacion.

1293 Lo mismo sucede en la condicional, que por no cumplirse la condicion se desvanece como si nunca se hubiera hecho.

Si el título en que se hizo la mejora se hace verdaderamente nulo porque se revoca, se debe restituir la cosa donada, pero no los frutos. (Ley 8, tít. 4, Part. 5.)

1294 Cuando los bienes de la mejora se entregaron al mejorado de tal suerte que su dominio se trasfirió á él, y la mejora se revocó por su ingratitud, debe restituir los frutos de la mejora desde el dia en que fué ingrato, porque desde entonces es poseedor de mala fé, y no antes, que como verdarero dueño los adquirió.

1295 Tambien se restituyen los frutos desde el dia de la revocacion de la mejora, y no antes, cuando la mejora entregada se revoca en el todo por haberse reservado el mejorante la facultad de revocarla, pues como el mejorado se hace verdadero dueño, y dicha reservacion no es ninguna condicion suspensiva que impida los efectos de la mejora, lucra los frutos desde el dia en que se hizo hasta el de la revocacion, y puede pedir las espensas y aumentos hechos en los bienes, sin que tenga obligacion de compensarlos con sus frutos.

TITULO XI.

De la desheredacion.

1296 Habiendo tratado de los herederos forzosos y de la legítima, el órden natural nos lleva á hablar de la desheredacion por la que aquellos pierden su legítima.

SECCION I.

Qué sea desheredacion, cómo deba hacerse, por quiénes, y á quiénes.

1297 Desheredacion es un acto por el que se priva al heredero forzoso del derecho que la ley le daba en cierta parte de los bienes del testador. (Ley 1, tít. 7, Part. 6.)

1298 La desheredacion debe hacerse nombrando al desheredado por su nombre y apellido, ó por otra señal cierta y verbal que no deje duda de su persona, ya sea varon ó hembra, ya esté ó no en poder del testador. (Ley 3, tít. 7, Part. 6.)

1299 De consiguiente, si el testador dice simplemente "deshereda á mi hijo", valdrá la desheredacion no teniendo mas que uno, pero será nula si tiene muchos. (La misma ley.)

1300 Debe hacerse sin condicion y del todo de los bienes, no de parte de ellos, y de lo contrario no valdrá; (dicha ley 3); porque ninguno puede ser en parte heredero, y en parte desheredado.

(El reformador de Febrero dice que esta disposicion se funda en vanas sutilezas del derecho romano desaprobadas por nuestras leyes recopiladas, y es de parecer que podrá hacerse la desheredacion condicionalmente y de parte de la herencia. Nosotros opinamos como él, y no alcanzamos por que un padre no pueda poner condicionalmente la justa causa de desheredacion para el caso de probarla el heredero, ni porque no pueda remitir su injuria ó agravio parcialmente, así como puede remitirla en cuanto al todo de la herencia.)

1301 Debe hacerse con espresion de alguna de las justas causas de que luego hablaremos.

1302 Puede hacerse con espresiones injuriosas al desheredado, como llamándole malo, ladron, matador ú otras. (Dicha ley 3.)

1303 Todos los que tienen derecho de testar pueden desheredar á sus herederos forzosos, y por lo tanto es preciso que entre estos y el testador no medie otra persona. (Ley 1, tít. 7, Part. 6.)

1304 Como la desheredacion se ha de fundar en alguna justa causa, es consiguiente que no puedan ser desheredados los menores de

diez años y medio, pues se les reputa incapaces de dolo ó malicia, y por lo tanto no merecedores de pena. (Ley 2, tít. 7, Part. 6.)

SECCION II.

De las justas causas por las que pueden los ascendientes desheredar á sus descendientes herederos forzosos.

1305 Las justas causas por las que pueden los ascendientes desheredar á sus descendientes herederos forzosos son las siguientes:

1.ª Poner en ellos sañudamente las manos para prenderlos ó herirlos, maquinar su muerte con yerbas, veneno ó de otro modo, procurar su daño de suerte que pierdan gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito digno de muerte ó de destierro; aunque si el crímen es de lesa Magestad, y los descendientes lo prueban, no deben ser desheredados por esta razon. (Ley 4, tít. 7, Part. 6.)

2.ª Infamarlos, tener acceso carnal con su madrastra ó con amiga que se prostituya á sus ascendientes, sabiéndolo, ó ser hechiceros ó encantadores, ó vivir con quienes lo son. (La misma ley 4.)

(Segun esto, dice el reformador de Febrero, cuando se hicieron las leyes de Partidas habría muchos hechiceros. En el dia ninguna ley nueva hace mencion de ellos, pues por fortuna han desaparecido de manera que apenas se vén. Nosotros añadimos por lo tocante á la amiga, que tanto en este caso como en el inverso de la ley 11, á saber, "cuando el padre yoquiere con la amiga de su fijo," apenas puede tener hoy lugar esta causa de desheredacion, porque amiga y barragana son palabras sinónimas en el lenguage de las leyes de Partidas, como puede verse en la 5, tít. 15, Part. 4, y en otras varias; el concubinato estaba entonces permitido y regulado por las leyes; la amiga estaba en lugar de muger legítima segun la citada ley 11; y la 4, de que nos ocupamos, dice, "ó con otra muger que tuviese su padre paladinamente por su amiga:" pero la actual legislacion no reconoce ni autoriza ó tolera el concubinato.)

3.ª No salir fiadores de ellos, pudiendo, para libertarlos de prision (aunque esta causa no comprende á las hembras por estarles prohibida la fianza), ó impedirles que testen; pues si luego hacen testamento, pueden desheredarlos; y si el hijo impide á su padre que deje algun legado á otro, podrá éste acusarle, y probado el delito, perderá aquel la herencia, y el legatario percibirá su manda como si le hubiese sido dejada en testamento. (Dicha ley 4.)

4.ª Lidiar por dinero con hombre ó bestia contra la voluntad de su padre, y hacerse juglar ó farsante no siéndolo éste.

5.ª Hacerse ramera la hija á quien su padre quiso casar y ella lo resistió; pero si ella quiso casarse, y el padre lo difirió hasta los veinte y cinco años, no podrá ya desheredar á su hija, aunque se case contra su voluntad ó se prostituya. (Ley 5, tít. 7, Part. 6.)

6.ª El no cuidar los descendientes de recoger y alimentar al ascendiente que perdió el juicio y andaba vagando, á pesar de haberle recogido un estraño y avisádoles para que le cuiden; en este caso, muriendo intestado el ascendiente, le sucederá el estraño que le recogió

y escluirá á los descendientes; si el loco tenia hecho testamento instituyéndolos por herederos, y muere en casa del estraño, no valdrá la institucion, pero subsistirán las mandas: caso de recobrar el ascendiente loco su juicio, podrá desheredar á los descendientes que le abandonaron.

7.ª No redimir, pudiendo, á sus ascendientes cautivos, ó ser negligentes en hacerlo. Si antes de ser cautivos hicieron testamento nombrando heredero, y éste los deja morir en cautiverio, caduca la institucion, aunque subsiste lo demas del testamento; mas para incurrir en esta pena ha de ser el heredero mayor de diez y ocho años, y siéndolo, no le sirve de disculpa alegar que el cautivo no le dió órden para enagenar ú obligar sus bienes á fin de redimirle, puesto que el derecho le concede esta facultad sin que sea necesario su mandato. (Ley 6, tit. 7, Part. 6.)

(El reformador de Febrero pone una nota sensata advirtiendo que la intervencion ó facultades concedidas por esta ley al obispo en los bienes del que muere en cautiverio (nosotros las habemos omitido) no serian hoy toleradas por los magistrados Reales. Advierte igualmente que esta causa de desheredacion debia ser de muy raro uso en su tiempo, á causa del estado de paz con las regencias berberiscas. Hoy que la mas terrible de ellas ha desaparecido, y las otras dos han sido forzadas á renunciar tan bárbara costumbre, podia suprimirse enteramente esta causa; pero no lo habemos hecho porque todavía puede ocurrir algun caso, aunque rarísimo.)

8.ª Volverse judíos, moros ó hereges los descendientes, siendo estos y sus ascendientes cristianos católicos; si los ascendientes no lo son, y los descendientes sí, deben aquellos instituir los herederos. Habiendo muchos hijos, unos católicos y otros no, heredarán únicamente los primeros; pero si los segundos se convierten despues, se les debe entregar su legítima, aunque no los frutos que haya producido.

Siendo el padre y sus hijos hereges y sus prócsimos parientes católicos, estos solos llevarán la herencia; y si alguno es herege y clérigo, y tambien son hereges todos sus descendientes por línea recta y transversal hasta el décimo grado, heredará la iglesia sus bienes, demandándolos dentro del año siguiente al dia en que se declare por herege al clérigo; y no pudiéndolos dentro de él, ó siendo lego, serán confiscados. (Ley 7, tit. 7, Part. 6.)

(El reformador de Febrero dice que ha de ser hasta el cuarto grado, no hasta el décimo. Sala en su tomo 1.º de la Ilustracion del Derecho Real de España se hace cargo del fundamento de esta opinion que tambien fue la suya en sus Instituciones Romano-Hispanas; á saber, el Real decreto de 27 de noviembre de 1785; pero cambia de opinion por lo que puede verse allí, ó por lo menos opina que los grados deben entenderse segun la computacion canónica. Mas en Real decreto de 31 de diciembre de 1829 quedó ya orillada esta duda y fijado el cuarto grado civil para las sucesiones abintestato.)

(El decreto de las Córtes de 9 de mayo de 1835, sancionado en 16 del mismo mes, quita igualmente todo motivo ó pretesto de duda, pues llama á la sucesion del intestado á las personas capaces de suceder segun las leyes vigentes, y para escluir al fisco llama en tercer

lugar á los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente: está pues limitada la sucesion intestada, fuera de este caso escepcional, al cuarto grado inclusive computado civilmente.)

(La sucesion de la iglesia sería hoy contestada en virtud del artículo 15 de la ley de 27 de setiembre de 1820, que generalmente se cree renovada por el Real decreto de 30 de agosto de 1836. Ademas, el mencionado decreto de las Córtes de 1835 no hace escepcion ni llamamiento á favor de la iglesia; y finalmente, no se pierda de vista para todo esto de volverse moros, judíos y hereges, que segun el artículo 10 de la Constitucion no puede en caso alguno imponerse al español la pena de confiscacion de bienes.)

9.ª El contraer el hijo ó hija matrimonio clandestino contra lo dispuesto por el santo concilio de Trento; pues por este hecho pueden ser desheredados é incurren juntamente con los que intervinieron en él como testigos en la pena de perdimiento de todos sus bienes y de destierro perpétuo de estos reinos, y si despues entran en ellos, en la de muerte, aunque nadie puede acusarlos de este delito, sino su padre, y muerto éste, su madre. (Ley 5, tít. 2, lib. 10, Novís. Recop.)

1306 Dúdase no obstante si hoy dia será esta justa causa de desheredacion, por cuanto el matrimonio es nulo y cuando se impuso la pena era válido, sobre lo que puede verse á Matienzo, glos. 7, nn. 4 y 5 á la dicha ley.

(Segun nota del reformador de Febrero no es necesario ver á Matienzo, que casi nada dice, ni á ninguno de nuestros autores para lo que es bien claro y cualquiera puede decir sin valerse de ellos. Antes del concilio de Trento el matrimonio clandestino era un verdadero matrimonio, y podian seguirse de él los perjuicios que con graves penas quiso evitar la ley 49 de Toro.)

(Despues de dicho concilio, el matrimonio clandestino, como que no es válido, no es matrimonio, ó por mejor decir, ya no hay matrimonio clandestino. Así que, no pueden esperimentarse en la actualidad por razon de éste los perjuicios que en otro tiempo motivaba, y de consiguiente no hay necesidad de leyes penales para evitarlos; hasta aqui el reformador.)

(Nosotros desde muy allá y antes de leer el Febrero reformado éramos del mismo parecer, y habemos tenido ocasion de consignarlo en la nota del número 476, llevando esta doctrina tan adelante que, contra la opinion de Gomez, Sala y otros, creemos fundados en las mismas razones del reformador, que el verdadero matrimonio del hijo como quiera que se contraiga, rompe la patria potestad, y en ningun caso podrá ejercerla el abuelo sobre los nietos, ni darles tutor ni sustituto pupilar; por manera que, en nuestra opinion han caducado las leyes 3, tit. 5, y la 5, tít. 2, lib. 10. Novís. Recop.)

(Pero no convenimos enteramente con el reformador en que no sean necesarias leyes penales para evitar los matrimonios clandestinos; pues, aunque no los hay ya en el sentido rigoroso de la ley de Toro, los hay aun en otro sentido mas lato, y así los califica la ley 6 del dicho tít. 2, lib. 10: en el caso, por ejemplo, de ser sorprendido ó violentado el párroco, el matrimonio (aunque válido) podrá llamarse impro-

pia y latamente clandestino; y ni los contrayentes ni los testigos maliciosos quedarian sin pena, como lo persuade la ley 18, tít. 2, lib. 10, Novísima Recop.)

(De todos modos, y aun prescindiendo de esto, no podria hoy tener lugar la pena de perdimiento de todos los bienes.)

10.ª El contraer los hijos matrimonio sin el consentimiento, si son menores de edad, ó sin el consejo caso de ser mayores de ella, en primer lugar de los padres, y á falta de éstos de los abuelos, en cuyo caso solo quedan obligados á suministrar á los hijos los precisos y correspondientes alimentos. (Ley 9, tít. 2, lib. 10, Novís. Recop.)

Se les impone esta pena civil por la falta de obediencia y reverencia que deben tener á sus mayores, y para evitar los daños que por ella se siguen á las familias y al Estado; pues la juventud comete grandes desaciertos, y necesita de freno fuerte que la contenga.

(La última pragmática sobre matrimonios, que es del 20 de abril de 1803, (hoy ley 18, tít. 2, lib. 10, Novís. Recop.), á la cual debemos arreglarnos *sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no á otra ley ni pragmática anterior*, solo impone las penas de espatriacion y confiscacion de bienes á los que contraigan matrimonio sin los requisitos prevenidos en ella; si bien es muy difícil llegue á ofrecerse el caso de haber de ejecutar tales penas ó la de desheredacion, puesto que al mismo tiempo se manda que incurran en dicha pena de espatriacion y ocupacion de las temporalidades los vicarios eclesiásticos que autorizan matrimonio, no estando habilitados para él los esposos con dichos requisitos; lo cual se estendió por la ley 20 del citado tít. 2 á los párrocos de las diócesis en que haya la costumbre de permitir ellos la celebracion de los casamientos sin dar cuenta á los vicarios eclesiásticos. ¡Qué bien leyó la citada pragmática quien, atribuyéndole un gran defecto, dice que *no señala pena alguna á los contraventores, y de este silencio debe inferirse que ha dejado subsistentes las de la pragmática de* 1776! Creyóse muy conveniente derogar ésta y las demas reales órdenes espedidas á su consecuencia, por haber demostrado la esperiencia que produgeron mas males que bienes los juicios prescritos en la pragmática sobre la racionalidad del disenso de los padres, puesto que no se respetaba el pudor de las jóvenes, y se desacreditaban en gran manera las personas y familias por el furor de injuriarse recíprocamente y el grande empeño de averiguar los defectos de las unas y las otras.)

(No alcanzamos con precision la mente del reformador en esta larga nota; si quiso decir que despues de la pragmática de 20 de abril de 1803 no habia mas penas que las en ella establecidas, pudo decirlo en menos palabras, y debió hacerlo con mas claridad, esclayendo espresamente la de desheredacion, que es de lo que aquí se trata; nosotros la creemos escluida: en cuanto á la confiscacion de bienes, recordamos estar prohibida por el artículo 10 de la Constitucion (véase tambien nuestra nota del número 99). Advertimos que todas las causas de desheredacion cesan desde que intervino reconciliacion.)

SECCION III.

De las justas causas porque pueden ser desheredados los ascendientes herederos forzosos.

1307 Por ocho causas solamente pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes cuando estos les son herederos forzosos.

1.ª Por haberlos acusado de delito digno de pena capital ó que envuelva perdimiento de miembro.

2.ª Por haber maquinado su muerte con yerbas, veneno ú otra cosa.

3.ª Por haber tenido acceso carnal con la muger ó amiga del testador.

(En cuanto á la amiga téngase presente lo dicho en la seccion anterior, núm. 1305).

4.ª Por haberles impedido disponer de sus bienes con arreglo á derecho.

5.ª Por haber solicitado la muerte de la madre del testador, ó ella la del padre.

6.ª Por no haber querido dar al testador cuando estuvo loco ó fátuo lo necesario para su conservacion.

7.ª Por no haberlos redimido del cautiverio, debiendo entenderse del descendiente lo que sobre esta causa queda espuesto del ascendiente en el número 1305.

8.ª Por ser el ascendiente herege y el descendiente católico.

SECCION IV.

De las justas causas de desheredacion respecto de los hermanos.

1308 Queda ya dicho en el núm. 1191 que los hermanos solo son herederos forzosos de los hermanos cuando estos instituyen por heredera á persona de mala vida ó infame, y de consiguiente en este solo caso hay necesidad legal de desheredarlos, siendo no mas que tres las causas, de las que se habló en el mismo número 1193.

SECCION V.

Si procede la desheredacion por causas de igual ó mayor gravedad que las señaladas en las leyes, no estando espresadas en las mismas.

(Esta cuestion, agitada en derecho romano con defensores por una y otra parte, procede tambien en el nuestro, pues que los legisladores de las Partidas no hicieron mas que trasladar fielmente del primero las mismas causas de desheredacion en número y calidad; y aunque la cuestion ha sido debatida con respecto á la desheredacion de los hijos, es claro que su resolucion abraza las de todos los herederos forzosos. La ley 4, tít. 7, Part. 6, usa de las palabras "ciertas razones" ó causas, que pueden interpretarse *determinadas causas y no mas*; la 12 del mismo título parece envolver el mismo sentido, y la 8

está clara y terminante. Este lenguage unido á lo odioso de la materia aun contraida á solo el desheredado, pero odiosísima respecto de sus inocentes hijos, sobre quienes por necesidad refleja, y lo mucho que en estos pleitos escandalosos sufre la memoria de los padres, inclinará la negativa para no admitir otras causas; y no obstante parece mas probable la afirmativa por las razones que pueden verse en Gomez, 1, resolut. 11, núm. 12 y en otros: la última de las razones dadas por aquel es que apenas podrá presentarse causa de igual ó mayor gravedad que no esté comprendida en alguna de las señaladas por las leyes. Febrero está por la negativa, y no contento con decir terminantemente (apoyándose en la referida ley 8) que no valdrá la desheredacion hecha por otra causa de las referidas, previene al escribano para que, teniéndolas presentes, no autorize tal vez por contemplacion al testador, como algunos lo hacen, testamento con desheredacion, que ha de ser infructuosa y servir solo para pleitos y gastos entre el desheredado y el heredero instituido; pues aunque no incurre por ello en pena civil, gravará su conciencia, y será tenido por ignorante.)

SECCION VI.

Quién ha de probar la causa de la desheredacion y efectos de esta.

1309 No basta espresar la causa de la desheredacion, sino que ha de probarla el testador ó el heredero por él instituido, pues de otra suerte no vale. (Leyes 1, tít. 9, del Fuero Real; 10, tít. 7, y 7, título 8, Part. 6.)

1310 Pero si el desheredado consiente en la desheredacion, de cualquiera manera que esto sea no puede reclamarla despues, ni sobre ello debe ser oido en juicio. (Ley 6, tít. 8, Part. 6.)

1311 Si el testador declara muchas causas, bastará que él ó su heredero prueben una sola de ellas para que valga la desheredacion. (Ley 8, tít. 7, Part. 6.)

1312 Cuando se invalida ó es revocado el testamento deja tambien de valer la desheredacion hecha en él, porque sería absurdo que esta fuese válida y aquel nulo. (Ley 2, tít. 7, Part. 6.)

(El derecho de desheredar no ha sido admitido en el código francés, y sobre esto se esplica un orador en los términos siguientes: "En la mayor parte de las legislaciones la potestad paterna ha tenido en la desheredacion uno de los mayores medios para prevenir y castigar las faltas de los hijos; mas al poner esta arma terrible en la mano de los padres y de las madres, no se ha pensado en vengar su autoridad ultrajada, y se ha padecido un desvío de los principios sobre la transmision de los bienes.")

("Uno de los motivos que ha hecho suprimir el derecho de desheredacion, es que la aplicacion de la pena al hijo culpable se estendia á su posteridad inocente: sin embargo, esta posteridad no debia ser menos querida de un padre equitativo en su venganza, pues que formaba una parte esencial de la familia, y debia encontrar en esta el mismo favor y los mismos derechos.")

("Asi que, bajo el aspecto de la transmision de bienes en la fa-

milia, la desheredacion no tenia sino consecuencias funestas: la posteridad (por númerosa que fuese) de un solo culpable era envuelta en su proscripcion: ¿y cuán escandalosos no eran en los tribunales aquellos debates en que por simples intereses pecuniarios era desgarrada la memoria del padre por los que impugnaban la desheredacion, al paso que la conducta del hijo desheredado era presentada con coloridos que la codicia procuraba hacer todavía mas odiosos?")

("Los padres y las madres han de derivar su mayor poder de la naturaleza y no de las leyes. Los esfuerzos de los legisladores deben dirigirse á secundar la naturaleza y á mantener el respeto que ella inspira á los hijos: la ley que diera al hijo el derecho de atacar la memoria de su padre, y de presentarle ante los tribunales como culpable de haber violado sus deberes por una proscripcion injusta y bárbara, sería en sí misma una especie de atentado contra la potestad paterna, y tenderia á degradarla en la opinion de los hijos. El primer principio en esta parte de la legislacion es evitar, en cuanto sea posible, hacer intervenir los tribunales entre los padres y los hijos. Es las mas veces inútil y siempre peligroso poner en las manos de los padres y de las madres armas que los hijos pueden combatir y hacer impotentes.")

(A pesar de estas consideraciones y de cuanto se diga sobre que la legítima es de derecho público, nosotros tenemos por justo, por moral y político el derecho de desheredar, mayormente estando limitado á tan pocas y tan graves causas: habemos dicho y repetimos que la potestad paterna es la base de la moral doméstica, y por consiguiente de la pública; que el amor paterno no necesita mandatos ni trabas legales para manifestarse hácia sus hijos; y aunque por nuestras leyes queda ya al abuelo la suficiente facultad para proveer á la suerte de sus inocentes nietos con el tercio y quinto, podria ademas disponerse que en el caso de desheredacion del padre por causa justa y probada, entrasen los nietos á representarle como si realmente hubiera muerto, porque al fin el derecho de representacion es pura y esclusivamente de origen civil; y que en tal caso el padre desheredado no tuviera el usufructo de los bienes que por esta razon adquirieran sus hijos y nietos respectivos.)

(Merece leerse la ley 1, tít. 5, libro 4 del Fuero Juzgo; quita á los ascendientes la libertad que por ley antigua tenian para disponer de sus bienes como quisiesen, y les prefija el tercio y quinto respectivamente, asi como las causas de desheredacion: los ascendientes no tenian legítima, segun la ley 20, tít. 3, lib. 4 del mismo.)

SECCION VII.

De las causas por qué el heredero instituido pierde la herencia.

1313 Habemos visto las causas por que pueden ser desheredados los herederos forzosos: pasamos á las por que el heredero instituido pierde la herencia y la adquiere el fisco: seis y no mas son estas causas:

1.ª Cuando el testador fué muerto por obra ó consejo de alguno de su compañía y, sabiéndolo el heredero, entra en la herencia antes de

quejarse al juez para que castigue al agresor; pero si el testador fué muerto por otros que no fuesen de su compañía, puede el heredero entrar desde luego en la herencia, y despues querellarse de los matadores dentro de cinco años; no haciéndolo en este tiempo, incurrirá en la misma pena.

2.ª Si abre el testamento antes de acusar á los delincuentes, sabiendo quiénes son; pero si no lo sabe ó es aldeano rústico, no la perderá por esta causa.

3.ª Cuando el testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo de su heredero.

4.ª Cuando el heredero hubo acceso carnal con la muger del testador.

5.ª Si el hijo impugna como falso el testamento en que fué instituido y sigue la instancia hasta su decision, en cuyo caso, declarándose válido el testamento, perderá aquel la herencia; y lo mismo ha decirse si fuese procurador ó abogado en la instancia dirigida á este objeto, á menos que lo haga por órden del Rey ó utilidad de algun huérfano.

6.ª Si á ruego del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar; constándole de su incapacidad.

1314 Por estas mismas causas pierden tambien los legatarios sus mandas. (Leyes 13, tít 7, Part. 6; y 11, tít. 20, lib. 10, Novísima Recopilacion.)

(Sobre la segunda de estas causas puede verse la glosa 10 de Gregorio Lopez á la citada ley 13; porque no parece hacer agravio al testador, ni debe por lo tanto incurrir en pena el que ignora su nombramiento de heredero, y esto no puede saberse antes de abrir el testamento.)

SECCION VIII.

De la querella de testamento inoficioso: qué sea; á quiénes se dá; por cuánto tiempo, y sus efectos.

1315 Llámase inoficioso el testamento en que son desheredados á tuerto y sin razon los herederos forzosos, como hecho contra los oficios de piedad que se deben. (Ley 1, tit. 8, Part. 6.)

1316 En este caso se da á los desheredados accion para querellarse ante el juez y pedir que se quebrante ó rescinda el testamento. (Dicha ley 1.)

1317 Se da á todos cuando la causa de desheredacion es falsa, y no prueba ser cierta el heredero á quien incumbe probarlo. (Leyes 8, 10 y 12, tit. 7, Part. 6.)

1318 Se da tambien á los desheredados sin espresion de causa. (Ley 1, tit. 8, Part. 6.) (Sala en su Ilustracion, tom. 1, pág. 176, despues de haber sentado antes por las leyes 10 y 11, tit. 7, Part. 6, que eran nulos los testamentos en que los ascendientes ó descendientes se desheredan sin espresion de causa, se inclina en vista de la citada ley 1, tit. 8, á que debe preceder la rescision por la querella de inoficioso, y añade que la cuestion de si en este caso eran nulos ó necesitaban res-

cindirse, tan reñida entre los intérpretes de derecho romano, queda á su entender dudosa por las leyes de las Partidas. Nosotros habemos consignado nuestra opinion anteriormente hasta en el caso de absoluta pretericion, y damos muy poca importancia á estas cuestiones, porque despues de la ley 24 de Toro (hoy 8, tit, 6, lib. 10, Novísima Recopilacion), llámese querella ó nulidad, el resultado ha de ser el mismo, puesto que se anulará ó rescindirá la institucion de heredero, subsistiendo las mandas y mejoras: toda la diferencia estribará en la duracion de la accion, bien que la querella por ser remedio estraordinario y odioso, como ofensivo de la memoria del testador, no se dará á quien tenga el remedio ordinario y sencillo de la nulidad.)

1319 Y á los hermanos en el caso de ser instituida persona de mala vida ó infame. (Ley 2, tít. 8, Part. 6.) (Véase número 1191.)

1320 Se da por el tiempo de cinco años desde que el instituido heredero entró en la herencia; por manera que si el desheredado callase en todo el dicho tiempo, decae de su accion, salvo el menor de veinte y cinco años, quien por lo dicho en el título de la restitucion de los menores podrá intentarla hasta cuatro años despues de haber llegado à la mayor edad. (Ley 4, tít. 8, Part. 6.)

1321 Cesa tambien la querella ó accion cuando el desheredado aprueba el testamento, recibiendo para sí ó para otro alguna manda que en él se dejaba, ó defendiéndolo como abogado ó procurador de otro, ó consintiéndolo en cualquiera otra manera semejante. (Ley 6, tít. 8, Part. 6.)

(Segun el derecho romano y sus intérpretes, si el desheredado moria sin entablar la querella, no pasaba esta á sus herederos, por semejarse á la accion de injurias, á no ser que fuesen hijos del desheredado; á diferencia de la accion para pedir suplemento de legítima que, sin estar preparada por el difunto, pasaba aun á los herederos estraños.)

1322 Quebrantado ó rescindido el testamento á virtud de la querella de inoficioso, caduca la institucion y va la herencia á los herederos abintestato; pero subsisten los legados y las mejoras de tercio y quinto. (Ley 7, tít. 8, Part. 6; y 8, tít. 6, lib. 10, Novís. Recop.)

SECCION IX.

De los otros medios por qué se infirma y pierde su fuerza el testamento.

1323 Pierde su fuerza el testamento, cuando despues de hecho tuvo el testador un hijo de quien no hizo mencion en él. (Ley 20, tít. 1, Part. 6.)

1324 Y aunque propia y rigorosamente no es póstumo sino el que nace despues de la muerte de su padre (véase número 22); para el efecto de que vamos hablando, se llama tambien póstumo al nacido despues del testamento (dicha ley 1): los romanos le llamaban cuasi-póstumo; pero téngase presente el núm. 23, y que hay cuasi-póstumos civiles, como el legítimado despues de hecho el testamento, el nieto que en igual caso y por la muerte de su padre entra á ser heredero forzoso del abuelo: no nos habemos ocupado de los adoptivos

y abrogados en esta materia, porque dificultamos que ocurra el caso.

Nosotros en el número 1318 de la seccion anterior y en el de su referencia, habemos estampado nuestra opinion de que el silencio del padre, aun respecto de los hijos ya nacidos, solo invalida la institucion de heredero, pero no las mandas y mejoras; de consiguiente no podemos dar mayor fuerza y efectos al silencio ó pretericion del póstumo; y nos afirmamos tanto mas en ella, cuanto que la creemos del todo conforme á la ley 20, tít. 3, lib. 4, del Fuero Juzgo, que se contrae precisamente al caso del verdadero póstumo. La suidad de los herederos fué el primer orígen de los efectos que dieron á la pretericion, y de él se resintió, á pesar de las modificaciones hechas por Justiniano: de aqui vino tambien que no siendo los hijos herederos suyos de la madre, el silencio ó pretericion de aquellos en el testamento de esta equivalía á la desheredacion hecha por el padre; ¿ pero que tenemos que ver nosotros con estas injustificables distinciones y sutilezas? Por eso estrañamos mas que el señor Llamas y Molina en sus comentarios á la ley 24 de Toro, núm. 27, afirme con tanta seguridad y magisterio que el caso de pretericion supuesto por la ley se refiere á la madre y no al padre. Segun esto, la ley no tuvo objeto, y para no tenerlo usó del lenguaje mas claro y espresivo; pero todo debe ceder á la querencia por el derecho romano.

(Segun Febrero, apoyado en leyes de las Partidas, perdia su fuerza el testamento por sobrevenir despues al testador la capitis-minucion ó mengua y cambio de estado; pero queda ya espuesto en el número 1106, que hoy dia no se pierde por esto la facultad de testar, advertencia que repite igualmente su reformador.)

1325 Piérdela tambien el testamento anterior por otro posterior que sea cumplido y perfecto; mas no siéndolo este, subsistirá el primero. (Leyes 21 y 25, tít. 1, Part. 6.)

1326 Subsistirá igualmente el primer testamento si, creyendo el testador haberse muerto el heredero instituido en éste, nombra á otro en el posterior, espresando ser esta la causa de proceder al nuevo testamento é institucion de heredero; pues apareciendo despues que vive aun el primer nombrado, llevarà la herencia, y no el segundo; bien que las mandas y demas que contengan uno y otro testamento, valdrán en todo lo que haya lugar. (Ley 21, tít. 1, Part. 6.)

1327 La doctrina de la fuerza del testamento posterior sobre el primero se funda en que, así como nada hay tan natural como el disolverse cada cosa del mismo modo que se lega, (ley 35, Dig. *de regul., jur.*), tampoco puede ninguno hacer su testamento con tanta solidez y firmeza, que no tenga arbitrio y facultad para revocarle por otro hasta su muerte, aunque prometa y se obligue á no hacerlo; pues que nadie puede en esta materia imponerse ley de la que no le sea lícito apartarse; y por tanto, siendo mudable ó ambulatoria hasta la muerte la voluntad del hombre, segun la ley 25, tít. 1, Part. 6, debe observarse la última, si es arreglada; puesto que no pueden subsistir dos testamentos á causa de que, segun se lleva dicho, por el segundo perfecto se entiende revocado el primero.

1328 Procede la doctrina espuesta aun cuando testan dos de conformidad, por ejemplo, marido y muger, pues el que sobreviva

podrá revocar su testamento como si hubiera testado solo: (Véase el núm. 912 con su nota; por de contado en Navarra no puede revocarse el testamento de hermandad por el sobreviviente de los cónyuges; y viviendo los dos otorgantes, solo podrá revocarlo cada uno en sus propios bienes con noticia y sabiduría del otro. (Ley 41, título 1 de las Córtes de 1776.) De esta materia tratan latamente varios autores, y son muchos los que disienten de Febrero.)

1329 Pero el testamento legítimo y perfecto no se revoca ni pierde su fuerza por el simple transcurso del tiempo, sea cualquiera el que haya corrido desde su otorgamiento, porque se entiende no haber mudado el testador de voluntad, y en caso de duda se ha de estar por la validacion y eficacia del testamento: asi es un error vulgar la creencia de que por el transcurso de diez años se invalida el testamento, y que es necesario renovarle para no morir abintestato.

1330. Ultimamente, subsistirá el primer testamento á pesar de otro posterior que contenga revocacion y sea acabado ó perfecto, si aquel fue otorgado con cláusulas derogatorias, generales ó particulares, y no se hace mencion de estas en el segundo.

1331 Las cláusulas generales son diciendo, por ejemplo, el testador: "Quiero que este testamento sea válido y no otro que tenga hecho antes, ni formalice despues de él, pues todos los revoco y anulo enteramente."

1332 Las particulares son, por ejemplo: "Quiero que este testamento, y no otro que haya otorgado antes ni otorgue despues, sea válido, á no ser que el posterior contenga á la letra la oracion del padre nuestro, ó tal salmo, ó tales palabras (que se espresarán); pues si las contuviere, ha de valer el último, y no este ni los anteriores." Con esta prevencion será ineficaz el último ó posterior, si carece de la oracion, salmo ó palabras.

Pero como estas disposiciones se presumen cautelosas y resultan de ellas infaustas consecuencias, se duda si la revocacion regular hecha en testamento posterior basta para anular los anteriores que contengan cláusulas derogatorias; pues muchas personas por miedo, reverencia, ó acosadas de importunas y pérfidas sugestiones, hacen testamento con las tales cláusulas, instituyendo herederos á los que realmente quieren que no lo sean.

En este caso, para que no sea necesario especificar las palabras del primer testamento, y que este quede indudablemente revocado por el posterior, y á fin tambien de que el testador pueda testar libremente y con entera satisfaccion, se ordenará la revocacion en estos términos: "Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas últimas disposiciones que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna, aunque haya sido formalizada con solemne juramento de no revocarla, y contenga los mayores vínculos y seguridades, penas, palabras, oraciones, cláusulas derogatorias permitidas por derecho, y cualesquiera pretestos y fundamentos para derogar esta (de todo lo cuál por no acordarme, ni de su solemnidad y particularidades no hago mencion específica, pero lo doy aqui por inserto como si literalmente lo estuviera); valga

ni haga fé judicial ni estrajudicialmente, escepto este testamento que por disponerle con entera libertad que no he tenido en los demas, como lo juro del modo mas solemne, quiero y mando que se estime por tal, y por mi última y deliberada voluntad en la forma que para su mayor estabilidad haya lugar en derecho. En cuyo testimonio asi le otorgo ante el presente escribano en esta villa de &c."

Con esta cláusula creo quedará revocado el primer testamento, aunque contenga juramento de no serlo y cláusulas ó palabras derogatorias, ni estas se inserten en el segundo; pues sin embargo de que la ley 22, tit. 1, Part. 6, no dice espresamente que queda revocado sin la mencion específica de aquellas, ni previene que se inserten, diciendo tan solo: "Fueras ende si el testador dixesse en el postrimero testamento señaladamente que revocaba el otro, é que non toviessen daño á aquel testamento que agora facía, las palabras que dixera en el primero."

Siempre está la presuncion á favor de la última voluntad del testador si es arreglada, y no de la anterior que se supone última, siéndolo tan solo en el nombre, y no en la realidad como regularmente acontece; pues, como ya se ha insinuado, suele suceder que el primero se haga á contemplacion de los interesados en él, valiéndose estos de ilícitos y mañosos ardides, á pesar de que se espresa lo contrario con juramento, el cual sigue la naturaleza del acto, contrato ó disposicion en que se hace. Asi que, el escribano para ordenar el testamento con dichas cláusulas debe instruir préviamente al testador de sus efectos; pues de lo contrario será en el fuero interno responsable de los perjuicios que se causen á los verdaderos interesados.

(El reformador de Febrero dice por nota, que supuesto ha de seguirse la voluntad del testador en este particular, valdrá el testamento posterior aun sin revocacion del primero, siempre que pueda constar por algunos motivos ó circunstancias que el testador quiso valiese el último. Nosotros convenimos con el reformador en que se ha de consultar y debe prevalecer siempre la voluntad del testador, como que estando arreglada á derecho, es la suprema ley en los últimas disposiciones; pero dificultamos mucho que un primer testamento con cláusula derogatoria se infirme por otro posterior desnudo hasta de la simple revocacion del primero. Porque no siempre se insertan en un testamento las tales cláusulas por miedo, reverencia ó pérfidas sugestiones actuales, sino por temor de las futuras, y el testador, aprovechando los momentos de libertad, usa de aquella cautela para burlar á los codiciosos, cuya violencia y sugestiones prevé y teme para en adelante. En fin, esta cuestion, como de voluntad que se ha de investigar por congeturas y presunciones, deja un ancho campo al prudente arbitrio del juez.)

(Dice Febrero que no pueden subsistir dos testamentos de una misma persona; es claro, si esta no quiere que subsistan; pero no vemos ley ni razon para que si lo quiere y espresa, no puedan subsistir.)

1333 El testamento cerrado ó escrito se infirma ademas, aun cuando no haya otro posterior, si el testador á sabiendas rayase las firmas ó lo rompiese; pero aconteciendo esto por casualidad, no perderá su valor. (Ley 24, tit. 1, Part. 6.)

TITULO XII.

De los herederos estraños; del derecho de acrecer entre ellos, y de las condiciones con que pueden ser nombrados.

SECCION I.

De los herederos estraños, y del derecho de acrecer entre ellos.

1334 Habemos recorrido toda la série de herederos forzosos, é indicado los remedios que les competen cuando son preteridos ó injustamente desheredados; y si habemos intercalado en esta materia la última seccion, ha sido porque el primero y principal caso de ella era la pretericion de un heredero tambien forzoso, cual es el póstumo ó cuasi póstumo: resta que añadir algo á lo ya dicho sobre herederos estraños en la seccion 1.ª, tit. 9, advirtiendo que fuera de la legítima aun los herederos forzosos son habidos por estraños, y de consiguiente pueden imponérseles gravámenes y condiciones.

1335 Los parientes pobres son á la verdad herederos estraños, pero caso de merecerlo deben ser preferidos á los que no son tales parientes del testador, aunque estos se hallen en igual ó mayor inteligencia; y asi el escribano aconsejará al testador que les deje sus bienes, haciéndole presente que de lo contrario carga su conciencia, como se infiere de esta respuesta de san Agustin; *si alguno tiene un pariente pobre é instituye heredero á un estraño, consulte á otro y no á Agustin.*

1336 Se ha dicho *caso de merecerlo*, porque no siendo asi, la herencia ó legado solo les serviria para fomento de sus maldades y vicios: cuya distincion deben tener presente algunos insensatos que no la hacen; y por tanto puede el testador prohibir al padre del menor pariente ó estraño, á quien instituyen heredero, el manejo, intervencion y usufructo de los bienes que le deja, y nombrar persona de su confianza que los administre y cuide de ellos, y de la persona del heredero menor, loco ó fátuo, si sospecha ó sabe con certidumbre que el padre es de mala conducta.

|| No creemos que por la disposicion privada del testador puedan quitarse al padre los derechos legítimos que tiene sobre la persona de su hijo; esto requiere declaracion judicial: por lo que hace á los bienes

que el testador deja al menor, estamos conformes, pues que los deja con esta condicion, que no es contraria á leyes ni buenas costumbres. ||

1337 Sustituyendo el testador á alguno por herederero en cierta y determinada cosa, por ejemplo, tierra, casa ó viña, aunque despues haga otro testamento, en el que no hace institucion de heredero, el nombrado en el primero cumplirá los legados y lo demas en él contenido, llevándose enteramente los bienes y representando en todo al difunto, sin embargo de haber sido instituido en una sola cosa, *porque la institucion en cosas ciertas, no habiendo coheredero, se entiende universal*, á causa de que no heredándose todos los bienes, sucederia que el testador muriese en parte testado y en parte intestado; pero si despues nombra otro heredero, solo llevará el primero aquella cosa en que fué instituido, quedando para el segundo el resto de la herencia.

"Habiéndose derogado el principio, *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado*, el heredero instituido en cosa cierta solo percibirá ésta, y los herederos abintestato sucederán en todo lo demas de la herencia con arreglo á la voluntad del testador, bastantemente manifestada en el hecho mismo de instituir á uno en cosa determinada y no disponer de los demas bienes." (*Nota del Febrero reformado.*) || En efecto, despues de la célebre ley 1, tít. 18, libro 10, Novís. Recop., debe ser así, y cesa ya entre nosotros el derecho de acrecer en las herencias introducido por los romanos á virtud ó como consecuencia de aquel principio, y trasladado á la ley 14, tít. 3, Part. 6. Pero deberá todavia subsistir el mencionado derecho siempre que se funde en la voluntad espresa ó presunta del testador, que segun la misma ley recopilada debe ser guardada y cumplida religiosamente.

Por esta regla no habrá derecho de acrecer en las herencias. cuando uno, segun el caso propuesto por Febrero, es instituido en cosa cierta ó en una parte cuota de la herencia, ó son muchos los instituidos con partes espresas y señaladas para cada uno de ellos por el testador: en estos casos irán á los herederos abintestato los demas bienes de que el testador no dispuso. (Véase á Vela, *disp.* 47, núm. 58.) ||

1338 Pero si el testador instituyese á muchos, juntándolos en toda la herencia ó en alguna parte de ella, por ejemplo, en el tercio ó en el quinto, habrá entre ellos derecho de acrecer; por juzgarse que ha sido esta la voluntad del testador cuando los llamó juntos á una cosa. Es decir, que tendrá lugar entre nosotros el derecho de acrecer en las herencias, solo cuando lo tenia entre los romanos en los legados por mandarse una cosa juntamente á dos ó á muchos. Lástima es que en el titulo 9, Part. 6, relativo á las mandas ó legados, no se haya tratado esta útil materia con alguna detencion, pues solo se habla de ella de paso y por incidencia en la ley 34: téngase presente lo dicho para el número siguiente, y véanse los núms. 916 al 919.

1339 Siendo dos los instituidos herederos, y cada uno en cosa determinada, si el testador no dispone del resto de sus bienes, le heredarán ambos igualmente; y si los instituidos son tres, uno en una cosa señalada y otros dos en otra, y el testador no dispone del residuo de sus bienes, los partirán todos tres de esta suerte: el heredero único llevará la mitad, y los otros la otra mitad; á menos que el testador mande que hereden todos con igualdad: pero en ambos casos ha de perci-

bir cada uno ante todo aquella finca ó alhaja en que le instituyó. || Este número por lo espuesto en el anterior es enteramente inútil. ||

1340 Si el testador nombra por sus herederos á tres ó cuatro juntos sin espresar cuanto ha de llevar cada uno, todos heredarán con igualdad sus bienes; y si instituye á algunos en cosas determinadas, y á otro tambien, pero sin decir lo que este ha de heredar, percibirán los primeros las que les señaló, y el segundo lo restante de la herencia; debiendo hacerse lo mismo aunque sean dos ó mas los instituidos sin espresion de lo que han de llevar, pues partirán igualmente el resto. (Ley 17, tít. 3, Part. 6.)

1341 Pero si nombra por herederos á tres: á uno de la mitad de sus bienes, á otro de la tercera parte y á otro de la cuarta, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion de tres, pues de otro modo saldrá alguno perjudicado: por ejemplo, importa la herencia doce, cuya mitad son seis, la tercera parte cuatro y la cuarta tres, que unidas suman trece; pero sobra uno.

Para que la division sea justa debe formarse la cuenta del modo siguiente:

Si trece me dan seis, doce que me darán? y así para los demas coherederos; y lo que saliere de cociente se aplicará à cada uno, que todo unido importará los mismos doce de la herencia. El escribano tendrá esto presente, por si se le ofrece particion de esta clase, pues las leyes no tocan tal especie; y ejecutándose lo espuesto se cumple la voluntad del testador, sin causar perjuicio á ninguno de los herederos. || La advertencia es buena para cuando ocurra el caso; pero dificultamos que ocurra, ó por lo menos debe ser rarísimo, porque sería mucha torpeza de parte del testador el hacer semejante institucion, y de la del escribano el no advertírselo caso de hallarse presente ||

TITULO XIII.

De las condiciones puestas en las herencias y legados.

1342 Comprendemos en este título á los legados aun antes de haber tratado de ellos, porque en lo tocante á condiciones se gobierna por las mismas reglas que las herencias.

SECCION I.

Qué sea condicion y sus especies.

1343 *Condicion* es una circunstancia dudosa, de cuyo futuro evento se hace pender el negocio ó ultima voluntad en que se pone. (Ley 2, tít. 4, Part. 6, en la que se encuentra lo sustancial de esta definicion.)

1344 Es pues de esencia en toda condicion que se refiera á suceso futuro é incierto, y por lo tanto segun dicha ley 2 y la 12, tít. 11, Partida 5, no es propiamente condicion la que se refiere á tiempo pasado ó presente; ni segun la ley 8, tít. 4, Part. 6, lo es el decir, *si mañana nace el sol, si murieses* (no señalando hasta que tiempo: porque tales condiciones no envuelven duda alguna, como que no pueden menos de ecsistir. Otro tanto debe decirse de la condicion imposible, puesto que se sabe que no ha de ecsistir. La ley 1 de dicho tít. 4 define tambien con bastante ecsactitud la condicion.

1345 Esta puede ser *espresa ó tácita.*

Tácita es la que se sobreentiende por derecho ó por naturaleza, aunque no se esprese.

De la condicion tácita por derecho nos presenta el siguiente ejemplo la ley 10, tit. 4, Part. 6, que lo tomó de otra romana.

Un padre tiene dos hijos, y los instituye por sus herederos mandando que el sobreviviente de ellos herede al que primero muera.

En este caso, si el que muere deja hijos ó descendientes, le heredarán estos y no el hermano sobreviviente, por creerse haber sido la voluntad del testador que solo heredase un hermano á otro, cuando el difunto no dejase sucesion; y asi, aunque el testamento no contenga espresamente esta condicion, debe cumplirse, porque la ley la sobreentiende, sin necesidad de formal espresion.

1346 Pero como cesa la presuncion de ley y la razon en que se funda cuando son estraños los instituidos y sustituidos, no heredarán en este caso los hijos al que primero muera, sino el coheredero y juntamente sustituto.

|| Las leyes 11 y 18, tit. 11, Part. 4, nos presentan igualmente el ejemplo de otra condicion tácita de esta especie en la promesa ó señalamiento de dote, pues se sobreentiende siempre la condicion de haber de realizarse el matrimonio. ||

1347 De la condicion tácita y sobreentendida por naturaleza se ven ejemplos en la ley 20, tit. 11, Part. 5; tales son la promesa ó legado de frutos ó partos futuros y de otras cosas semejantes, pues llevan embebida por naturaleza la condicion, *si nacieren*; y asi nada se deberá si no nacen. || Sobre las condiciones tácitas y cuándo hagan ó no condicional el legado en cuanto á la transmision, asi como sobre otros puntos interesantes á la materia de condiciones, puede verse el Sala, libro 35, tit. 1, de su *Dig. Rom.-Hisp.* y los por él citados. ||

1348 Divídese tambien la condicion en *posible* é *imposible.* (Ley 1, tit. 4, Part. 6.)

1349 La posible se subdivide en *potestativa*, *casual y mista.* (Dicha ley.)

1350 Llámase potestativa aquella cuyo cumplimiento pende solo de la voluntad del hombre; aunque no suena bien á todos la palabra potestativa, porque parece escluir la parte que tiene en todo la Providencia. Habría pues mas propiedad en el lenguaje y se satisfaria á estos escrúpulos, dando á esta especie de condicion el nombre de *voluntaria.* (La misma ley.)

1351 La condicion potestativa puede ademas ser *positiva* ó *negativa*; la primera consiste en dar ó hacer; la segunda en lo contrario.

1352 Casual es aquella cuyo cumplimiento pende solo del acaso ó contingencia, aunque por la misma razon del número anterior escrupulizan algunos sobre esta palabra. (Dicha ley 1.)

1353 Dícese mista la que participa de las dos anteriores; es decir, cuyo cumplimiento pende en parte de la voluntad del hombre y en parte de la casualidad; por ejemplo, *instituyo por mi heredero á Pedro que está en ultramar, si volviese á morar en esta tierra.* El cumplimiento de esta condicion depende en parte de la voluntad de Pedro, en cuanto puede ó no querer volver; y en parte de la casualidad, porque puede encontrar obstáculos para volver, ó naufragar en la travesía. (Leyes 1 y 9, tit. 4, Part. 6.)

1354 La imposible puede ser tal *por naturaleza*, ó *de hecho*, ó *por derecho*, ó *por la perplejidad y contradiccion* que ella misma envuelve. (Ley 1.)

1355 *Imposible por naturaleza* es la que segun esta no puede cumplirse, como si el testador dijese, *instituyo por mi heredero á Pedro, si tocare el cielo con la mano.* (Leyes 1 y 3, tit. 4, Part. 6.)

1356 *Imposible de hecho* es aquella que el hombre no puede cumplir de hecho, aunque á primera vista parezca que no puede negarse absolutamente su posibilidad; como si dijere el testador, *instituyo por heredero á Pedro, si diese á tal Iglesia un monte de oro.* (Ley 4, título 4, Part. 6.)

|| Nosotros no aprobamos esta sutilísima, por no decir ridícula distincion, entre las imposibles de simple hecho y las que lo son por naturaleza, á pesar de que se repite la misma distincion en la ley 21, tit. 11, Part. 5. Nuestra repugnancia es mayor en vista de los diferen-

tes efectos que luego esplicaremos y las leyes atribuyen en materia de últimas voluntades á estas dos especies de condiciones imposibles. Mas sencillo y razonable seria igualar absolutamente unas y otras, tanto en la definicion como en los efectos. La ley 6, tit. 4, Part. 4, habla de unas y otras sin la menor distincion, poniendo unidas las condiciones de dar un monte de oro y de tocar el cielo con la mano. Febrero mismo no ha podido evitar una contradiccion, pues en el tomo 4, página 21, pone como imposibles de hecho el monte de oro y tocar el cielo con el dedo, y aquí pone la segunda como imposible por naturaleza. ||

1357 *Imposible por derecho* es la que pugna con las leyes y buenas costumbres, ó con el decoro de aquel á quien se pone, ó es contra obras de piedad ó contra derecho natural; como si dice el testador, *establezco á Pedro por mi heredero, si no sacare á su padre de cautiverio, ó no le diese de comer.* (Leyes 1 y 3, tit. 4, Part. 6.)

Esto se funda en la piadosa y bella presuncion de que nos es imposible hacer todo lo que nos está prohibido por leyes y buenas costumbres: en una palabra, se finge ó crea una imposibilidad moral.

1358 En el mismo caso y especie está la condicion ó mandato del testador sobre que el heredero haga de su cuerpo ó huesos ó en su sepultura, alguna cosa que sea contra ley ó costumbre de su tierra, ó contra su fama ú honor de sus parientes. (Ley 32, tit. 9, Part. 6.)

|| Por ser harto frecuente en las instituciones y legados la condicion de casarse y no casarse, nos parece oportuno este lugar para hablar de ella. Entre los romanos era nula, como contraria á las buenas costumbres, la condicion ó prohibicion absoluta de no casarse impuesta á un soltero, y mas particularmente á una soltera: nuestras leyes han callado sobre esto; la práctica y los autores han admitido la doctrina romana. Pero vale esta condicion, cuando se impone á viudo ó viuda, ó se limita á ciertas personas ó familias, ó á determinado tiempo y lugar.

No se ha de confundir con la prohibicion de no casarse el caso en que el testador mejora á alguna hija, ó deja una pension á una soltera, añadiendo: *mientras se mantenga doncella, ó sin casarse*, porque el testador no se propone aqui impedir el matrimonio, sino socorrer á la hija ó soltera mientras carezcan del ausilio del marido: esta adicion hace modal al legado y no condicional, como en caso de duda se resuelve de todas las adiciones ó advecciones.

Si la condicion es de casarse con persona determinada, se ha de atender á si es ó no digna esta persona; si lo es, valdrá la condicion, y se observará sobre su cumplimiento y efectos lo que diremos en la seccion siguiente: si no lo es, no valdrá la condicion, y se tendrá por no puesta, como inmoral y equivalente á la prohibicion absoluta de no casar. ||

1359 Tiénese tambien por imposible la condicion *perpleja* y contradictoria, pues que por esto mismo es imposible su cumplimiento, y no se atina con la voluntad del testador, como si este dice: *instituyo por mi heredero á Pedro, si Juan fuese mi heredero.* (Ley 5, tit. 4, Part. 6.)

«Debe añadirse, segun la citada ley 5 que sin duda está tomada de la 16, tit. 7, lib. 28 del Dig., *é instituyo á Juan por mi heredero, si Pedro fuese mi heredero*; porque sin esto no seria la condi-

cion perpleja.» (*Nota del Febrero reformado.*) || Nosotros creemos que tan perpleja seria de un modo como de otro; pero afortunadamente este caso debe ser raro; y tanto este como los demas que puedan ocurrir, se fundan en la regla 188, tit. 17, lib. 50 del Dig.: *cuando el testador manda en el testamento cosas que pugnan entre sí, ninguna de ellas vale*: ó por mejor decir, la regla misma se funda en la imposibilidad de saber y por consiguiente de ejecutar la voluntad del testador.

Y advertimos por último que al heredero ó legatario no puede imponerse la condicion de jurar que hará ó dará tal cosa: si se le impone, se tendrá por no puesta en cuanto al juramento; pero el heredero ó legatario nada percibirá hasta haber hecho ó dado lo que se le mandó.

Sin embargo, puede imponerse esta condicion refiriéndose á tiempo pasado de no haber hecho ó dado tal cosa; y si el heredero ó legatario es una corporacion, puede imponerse la tal condicion de no hacer ó dar en lo futuro. (Ley 6, tit, 4, Part. 6.) ||

SECCION II.

De los efectos de las condiciones; cuándo y cómo deban ser cumplidas.

1360 Las condiciones imposibles por naturaleza ó por derecho y buenas costumbres, se tienen como si no hubieran sido puestas, y en nada perjudican al heredero ó legatario, aun cuando el testador disponga lo contrario. (Ley 3, tit. 4; y 32, tit. 9, Part. 6.)

|| Estas mismas condiciones, puestas en los contratos, los invalidan, esceptuados solos los esponsales y matrimonio, porque en tal caso, se dice, ó estan locos ó han querido chancearse los contrayentes; pero ¿dá una gran muestra de sano juicio el testador que pone tales condiciones? El favor de las últimas voluntades hace presumir que fué un error ó equivocacion del testador, y quitada esta se sostiene todo lo demas: hay sin embargo quien lo esplica de otro modo. Cierto es que carecemos de ley espresa acerca de que las condiciones imposibles anulan los contratos, pero asi se deduce de las leyes 17 y 21, tít. 11, Part. 6, y todos los autores, igualmente que la práctica de los tribunales, lo tienen recibido. El favor de los esponsales y matrimonios no es menor que el de los testamentos, y por eso rige en aquellos la misma disposicion que en estos: si la condicion imposible fuese negativa, como de no tocar el cielo con el dedo, se tendrá por no puesta aun en las promesas, que subsistirán quitada aquella. (Ley 17, tit. 11, Part. 5.) ||

1361 Las imposibles de hecho ó á causa de su perplejidad hacen nula la institucion ó legado. (Leyes 4 y 5, tit. 4, Part. 6.)

|| Repetimos lo dicho anteriormente sobre las imposibles de hecho ó el soñado monte de oro, porque en lo imposible, ora sea por naturaleza ora de hecho, no hay mas ni menos.

Es tanto mas chocante el diferente efecto que en las últimas voluntades se atribuye á las condiciones imposibles de hecho, cuanto que en las promesas y obligaciones son igualadas con las imposibles por naturaleza, como puede verse en la ley 21, tit. 11, Part. 5.

Una disposicion pueril y metafisica tenia que llevar por necesidad á interpretaciones de la misma laya. Gregorio Lopez, glosando la citada ley 4, dice, que esta habla de un monte de oro artificial, y que si el testador quisiera hablar de un monte de oro natural, la condicion seria imposible por naturaleza y se tendria por no puesta, y por pura la institucion; pero nada se encuentra en la ley que autorice ó haga plausible esta conciliacion. La manía de inventar los casos mas ridículos é inverosímiles para ostentar ingenio ó mas bien sutileza, es lo que únicamente ha podido dar orígen al del monte de oro, que es el mas ridículo de los imposibles. ||

1362 Las condiciones posibles, de cualquiera especie que sean, deben cumplirse, y el heredero ó legatario que fallece antes de su cumplimiento, no adquiere ni trasmite derecho alguno á sus respetivos herederos. (Leyes 7, 8 y 9, tít. 4, Part. 6.) || En los contratos y obligaciones condicionales sucede lo contrario; como en ellos se adquiere desde luego un derecho se trasmite este mismo derecho à los herederos cuando quiera que muera uno de los contrayentes. ||

1363 Si la condicion potestativa fuere negativa, es decir, si consistiere en no dar ó no hacer, debe el heredero ó legatario afianzar que no dará ni hará; y sin esto no se le entregará la herencia ó legado. (Ley 7.) || A esta caucion llamaron los romanos *muciana* por haberla inventado el jurisconsulto Quinto Mucio; y segun el sentir unánime de todos los intérpretes de derecho, asi propios como estraños, no tiene lugar en los contratos cuando se pone en ellos la misma condicion. ||

1364 Si la condicion potestativa pende en parte del heredero ó legatario y en parte de un tercero, por ejemplo, la de casarse con una persona determinada, y no se cumple por no querer ésta, queriendo el heredero ó legatario, se tiene por cumplida. (Leyes 14, tít. 4 y 22, Partida 6.)

1365 En el caso del número anterior, si el no cumplirse la condicion proviene de acaso, como por la muerte de uno de los dos ó por no querer casarse el heredero ó legatario, desfallece la institucion ó legado. (Las mismas leyes 14 y 22.)

1366 Así, la condicion potestativa se tiene por cumplida, cuando el heredero ó legatario trabajan cuanto pueden por cumplirla, pero deja de cumplirse por acaso y sin culpa de ellos. (Dichas leyes 14 y 22.)

1367 Las condiciones mere potestativas, cuando el testador no dispuso espresamente otra cosa, deben cumplirse despues de la muerte de aquel, y sabiendo el heredero ó legatario que le han sido impuestas; no asi las casuales ó mistas, pues basta que se cumplan en cualquier tiempo, y aun en vida del testador

1368 La razon de esta diferencia consiste, en que como las condiciones casuales, y aun las mistas en lo que participan ó tienen de casuales, no penden del arbitrio del heredero ó legatario, se cree que el testador las consideró simplemente y solo se cuidó ó quiso que se realizaran, cuando quiera que fuese, pues que el cumplirlas no estaba en el solo arbitrio de aquel á quien fueron puestas.

1369 Pero en las mere potestivas sucede precisamente lo contrario; su cumplimiento debe ser un obsequio á la memoria del difunto, una ejecucion de su mandato en remuneracion de lo que deja al here-

dero ó legatario; y esto no puede realizarse sino cumpliéndolas despues de la muerte del testador, y sabida ya su voluntad. (Voet en sus comentarios del tít. 7, lib. 28 del Dig., número 26; Gomez, tomo 1, *Var.*, capítulo 12, núm. 61.)

1370 Cuando el testador pone dos ó mas condiciones conjuntiva ó copulativamente, por ejemplo: *instituyo por mi heredero á Pedro ó le mando tal alhaja si hiciere tal cosa, diere tanto á los pobres, y fuere en romería á tal parte*, es preciso cumplir todas.

1371 Si las puso disyuntiva ó apartadamente, por ejemplo, *mando á Pedro tales tierras si diere tanto á los pobres ó hiciere tal romería*, bastará cumplir una sola de ellas. (Ley 13, tít. 4, Part. 6.)

1372 Algunas veces impone el testador una condicion que comprende á muchos, diciendo por ejemplo: *dejo tal tierra á Pedro, Juan y Diego mis criados, si estuvieren en mi casa y servicio al tiempo de mi fallecimiento.* En este caso, aquel ó aquellos en quienes se cumpla la condicion, por estar en la casa y servicio del testador cuando muere, llevarán el legado, sin ser necesario que se cumpla en todos. (Dicha ley 13.)

1373 Otras veces se pone condicion á uno ó mas, y á otros no, por ejemplo: *instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, pero á Pedro con la condicion de que haga tal cosa y no de otra manera.*

Juan percibirá desde luego su parte de herencia, por haber sido instituido pura y simplemente; mas Pedro no la llevará, hasta haber cumplido lo que el testador le ordenó, ó haber practicado las diligencias necesarias para ello; pues como arriba queda dicho, le bastará lo segundo.

|| En la legítima, segun se dijo al número 1144, no puede imponerse condicion ni aun potestativa ó voluntaria. (Ley 11, tít. 4, Part. 6.)

Esta ley añade, que en lo que el padre deja al hijo sobre su legítima, solo podrá imponerle condicion potestativa, mas no casual ni mista. Sobre su inteligencia y conciliacion, algo mas que difícil, puede verse á Gregorio Lopez. En gracia de la brevedad y para alejar todo motivo ú ocasion de error, sentamos como principio, que en todo lo que no sea rigorosa legítima, puede imponerse cualquiera especie de gravámen ó condicion.

Febrero al tratar de esta materia en el primer tomo dice, que la condicion puesta en la institucion se entiende repetida en la sustitucion, no constando lo contrario de la voluntad del testador; pero que esto tiene su limitacion, de la que se tratará en la segunda parte.

Habla en efecto de lo mismo en el tomo cuarto, pág. 25, número 67, y se espresa así: «Siendo causal (suponemos que habrá error de imprenta y querrá decir *casual*) la condicion puesta, no pasa al sustituto ni se entiende repetida en su persona; pero si es potestativa, se cree haberse repetido en el sustituto ó conjunto, porque en aquella solo se atiende á que se cumpla la carga ó gravámen: escepto que sea coherente á la persona y nadie mas pueda cumplirla, como casarse, aprender cierta ciencia y otras semejantes.»

La claridad no es el don de Febrero, como lo prueba entre otros mil este pasage, á menos que sea falta nuestra el no verlo claro. Su reformador añade que para saber cuándo se entiende re-

petida la condicion en el sustituto, la principal regla que puede darse es que se ecsaminen bien las palabras de la disposicion, la condicion misma, las circunstancias de las personas, &c.

Nosotros advertimos que esta cuestion no puede resolverse por nuestras leyes pátrias, que ni siquiera la han indicado. En derecho romano ha sido muy debatida, y precisamente porque hay leyes en sentidos contrarios, de muy dificil conciliacion, como puede verse en el Digesto Romano Hispano de Sala, lib. 35, tít. 1, núm. 4.

Tenemos por la mas razonable la opinion emitida por Voet en el lib. 38, tít. 6 y 7 del Dig., núm. 10 y 4, sobre que en caso de duda, y si las circunstancias no persuaden lo contrario, se entiendan repetidas en la sustitucion las condiciones que fueron puestas en la institucion. Las circunstancias persuaden lo contrario, cuando ó la condicion no cuadra bastantemente al sustituto, ó aparece haberse puesto precisamente para que entrase el sustituto en el caso de faltar ó no cumplirse aquella; y esto se verifica siempre que la condicion es casual, porque si se entendiera repetida en el sustituto, vendria á ser inútil y valdía la sustitucion. ||

SECCION III.

Cuándo la adicion de dia hace ó no condicional el legado ó la institucion.

1374 Al tratarse de la institucion de heredero se ha dicho, que haciéndose desde tal dia ó hasta tal dia cierto, vale la institucion sin el señalamiento de tiempo; que por lo tanto el heredero entrará desde luego de lleno en la herencia; y que lo mismo regirá cuando la institucion se hace para el dia en que muera el instituido.

Tambien se ha advertido, que aunque esta doctrina de Febrero es literal de la ley 15, tít. 3, Part. 6, debe entenderse corregida por la ley 18, tít. 8, lib. 10, Novís. Recop., segun la cual puede ya uno morir testado en parte y en parte intestado.

1375 Cuando la institucion ó legado se hace para un dia incierto absolutamente, por manera que ni aun puede saberse si llegará á ecsistir, la institucion ó legado es condicional, y no valdrá si en efecto no llega el dia. (Ley 31, tít. 9, Part. 6.)

De consiguiente, y por ejemplo: si el testador dice, *mando que den á Pedro mil reales cuando cumpla 14 años*, el legado es tan condicional como si el testador hubiera puesto literal y espresamente la condicion, *si cumpliere 14 años*: por lo que muriendo el legatario Pedro antes de cumplir aquella edad, nada trasmite á sus herederos. (La misma ley.) Lo propio deberá decirse de la institucion de heredero.

1376 Tambien es condicional la institucion ó legado cuando se sabe que el dia ha de ecsistir, pero se ignora el cuándo, con tal que el dia se refiera á un tercero, por ejemplo, *nombro á Pedro heredero cuando muera Juan.* En este caso, aunque Pedro sobreviva al testador, si muere antes que Juan, se desvanece la institucion. Asi era por derecho romano, y ademas lo persuade la razon dada al fin de la ley 15, título 3, Part. 6.

1377 En los contratos por el contrario, el dia que se sabe que

ha de ecsistir, aunque se ignore el cuándo, no los hace condicionales, y tan solo retarda la esaccion ó cumplimiento.

1378 Siendo absolutamente cierto el dia, por manera que se sabe no solo que ha de ecsistir sino el cuándo, como si el testador dijere: *mando á Pedro mil reales para el dia de la prócsima Navidad*, el legatario ó heredero que muere despues del testador y antes del dia de Navidad, trasmite su derecho á sus herederos; de suerte que en cuanto al efecto de la trasmision, el legado ó nombramiento de heredero viene á ser puro. (Ley 34, tít. 9, Part. 6.)

‖ Aunque las leyes 31 y 34 no hablan sino del legatario, comprendemos tambien al heredero, porque pudiendo ya morir uno testado é intestado parcialmente, podrá tambien dejarse la herencia, no menos que la manda, hasta dia ó desde dia cierto, y no debe por lo tanto hacerse diferencia entre el heredero y legatario. ‖

TITULO XIV.

De la sustitucion.

SECCION I.

Qué sea sustitucion y sus divisiones.

1379 Llámase sustitucion la institucion de segundo heredero, para que éntre en la herencia á falta del instituido en primer lugar. No solo puede nombrarse de este, sino tambien sustituto del sustituto, y asi cuantos se quieran en primero, segundo ó tercer grado; viniendo á ser en este caso cada uno sustituto del que le antecede.

1380 Es de dos maneras: *directa* y *oblícua* ó *indirecta*. En la primera recibe la herencia el sustituto por sí y no por intervencion de otro; y en la segunda se le entrega por medio y mano de un tercero.

1381 Se divide en seis clases que son: *vulgar*, *pupilar*, *ejemplar*, *compendiosa*, *brevilocua* ó *recíproca* y *fideicomisaria*.

|| Esta division que tambien se hace en la ley 1, tit. 5, Part. 6, no nos parece del todo esacta; pues como puede verse al ecsaminar las llamadas sustituciones compendiosa y brevilocua, mas son modos de sustituir vulgar, pupilar ó ejemplarmente que distintas especies de sustitucion. Pudiera dividirse esta en directa y fideicomisaria ú oblícua (á pesar de que á la última no se le dá generalmente el nombre de sustitucion sino simplemente el de fideicomiso), y decir que son tres sus especies, segun los diversos efectos que produce y personas que pueden hacerla, à saber: *vulgar*, *pupilar* y *ejemplar*, pues la militar ó privilegiada, comprendida en la compendiosa segun las leyes de Partida, como no surte ya los efectos que éstas le atribuyeron, no debe constituir una clase separada. ||

1382 Se introdujo la sustitucion para que no caducasen las disposiciones de los testadores, y como en el efecto es una verdadera institucion de heredero para el caso en que el nombrado en primer lugar no percibe la herencia, debe hacerse en testamento y no en codicilo á la manera que aquella, pudiendo ser nombrado sustituto el que no tenga prohibicion de ser heredero.

|| Esto es esacto atendido el derecho de Partidas, segun el cual, asi como en el romano, era necesaria la institucion de heredero para que fuese válido el testamento; pero no siéndolo en el dia (ley 1, tit. 18, libro 10, Novis. Recop.), solo podrá decirse que caducaria esta en cuanto á dicha institucion, pero no en cuanto á las mandas y demas cosas en él contenidas. Es sin embargo útil la sustitucion, pues sobre ser muy conveniente y espedito que haya una persona, que representando al difunto

pueda cumplir lo que dejó este ordenado en su última voluntad, se deja mayor amplitud á los testadores, permitiéndoles designar el heredero que á falta del instituido en primer lugar quieren que les suceda en la universalidad de los bienes. ||

1383 Puede sustituirse mútua ó recíprocamente á los herederos instituidos en primer lugar, y en este caso llevará cada uno su parte con proporcion á la que se les hubiese designado en la institucion, á menos que otra cosa se colija de la voluntad del testador (Ley 3, tít. 5, Part. 6.)

1384 Nombrándose varios herederos y dándose á cada uno de ellos un sustituto, cada uno de estos solo percibirá la parte de herencia que hubiera llevado la persona á quien fue sustituido, pues se infiere claramente que esta fué la voluntad de quien los nombró.

1385 Si se diese sustituto solo á uno de los herederos, percibirá aquel la parte de herencia que este hubiera percibido y no podrán reclamarla los demas instituidos, porque estos, á menos que así se esprese, no se entienden sustituidos recíprocamente, sino solo llamados á tomar la parte que se les designó.

1386 Esto se entiende si no fuesen los instituidos personas que segun la mente verosímil del testador escluyen á los sustitutos, como son los hijos ó descendientes á quienes se sustituye con estraños; pues en este caso, como debe presumirse que aquel amó mas á sus hijos y quiso anteponerlos á los estraños, muerto alguno de ellos sin sucesion, le sucederán los hermanos que le sobrevivan, porque se conceptúan recíprocamente sustituidos.

1387 El padre al disponer del quinto de sus bienes en favor de uno de sus hijos, como puede hacerlo en el de cualquiera persona, manifiesta claramente que no quiere que lo perciban los otros á falta de aquel, y por consiguiente no puede decirse que estos escluyen al estraño segun la mente del testador, por lo que creemos que podrá el sustituto percibir el quinto, aun cuando vivan los descendientes.

SECCION II.

Si las condiciones impuestas al heredero pasan á los sustitutos.

1388 Ecsaminaremos ahora si la condicion puesta al heredero instituido se entiende ó no repetida para el sustituto. Si fuese casual y se impuso restrictiva y personalmente á aquel, no cabe duda en que no pasará, ni tampoco si se impuso á cierto grado ó persona ya nombrada.

1389 Si la condicion casual fué impuesta á todos los grados y personas nombradas en el testamento, entonces se juzga repetida para el sustituto, porque mira á todos generalmente.

1390 Si fuese potestativa y coherente á la persona, no debe entenderse repetida en el sustituto, como si se dijese: *sustituyo por mi heredero á Juan si se casare con María, y le doy por sustituto á Pedro*; pero sí se entenderá si no fuere coherente á la persona, como por ejemplo, *si diere cien pesos á Antonio.*

1391 Por último, si la condicion y gravámen se imponen despues de los grados de institucion y sustitucion, comprenderá los instituidos y sustitutos, y se presumen repetidos en todos y en cada uno.

1392 Veamos ahora las diferencias de las diversas especies de sustitucion.

SECCION III.

De la sustitucion vulgar.

1393 Llámase asi porque se hace á todos y por cualquiera que pueda testar válidamente, aunque á los hijos solo para el caso de que no quieran aceptar la herencia. Se define: nombramiento de segundo heredero para el caso en que el instituido en primer lugar no pueda ó no quiera admitir la herencia.

1394 Es de dos maneras: *espresa* y *tácita*. Espresa cuando se dice: nombro á Pedro, y si no lo fuese, séalo Antonio; y tácita, nombro por mis herederos á Pedro y Antonio, y el que me sobreviva sea mi heredero. Si á la muerte del testador viven ambos, llevarán con igualdad la herencia; y si uno solo, la percibirá íntegra. (Ley 2, tít. 5, Part. 6.)

1395 Caduca la sustitucion vulgar luego que el primer instituido entra en la herencia ó la acepta; pues en estos casos trasmite á sus herederos el derecho que ha adquirido por la adicion. (Ley 4, título 5, Part. 6.)

SECCION IV.

De la sustitucion pupilar.

1396 Tiene este nombre la que hace el testador á sus hijos legítimos é impúberes que testan bajo su pátria potestad, ó al póstumo, para que si mueren dentro de la edad pupilar, lleve todos sus bienes el sustituto designado en el testamento.

1397 Puede hacerse *manifiesta* y *tácitamente.*

Es manifiesta la que dice: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años, y si llega á heredarme y muere antes de cumplirlos, nombro á Juan por su heredero.*

Y tácita; *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo menor de catorce años, y á Juan y á Francisco mis amigos, y mando que el que de estos fuere mi heredero, lo sea de mi hijo.*

1398 Tambien puede hacerse tácitamente en esta forma: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo que está en la edad pupilar, y si no lo fuere, establezco por tal á Francisco en su lugar.* (Ley 5, título 5, Part. 6.)

1399 En este último caso, como segun esta ley se comprende en la sustitucion pupilar la vulgar, aun cuando el hijo no entre en la herencia, si muere antes de la pubertad, le sucederá el sustituto en todos sus bienes, á pesar de que indica lo contrario la fórmula de la sustitucion. (Ley 5, tít. 5, Part. 6.)

1400 Pero no tiene esto lugar cuando el testador tiene dos hijos, uno menor de catorce años y otro mayor de esta edad, y los nombra por sus herederos, diciendo, que si alguno muere antes de entrar en la herencia ó no quiere ser su heredero, lo sea el otro: pues si queriendo serlo el pupilo y entrando en la herencia muere antes de la puber-

tad, no puede el púbero entrar en ella por la sustitucion sino por la procsimidad del parentesco. (Ley 5, tít. 5, Part. 6.)

Y dá como razon de esto la misma ley, que debe guardarse igualdad entre los hermanos, y respecto de no poder concurrir en el mayor las dos sustituciones pupilar y vulgar sino solo esta, es arreglado que en el menor se observe solo la primera, porque cesa la sustitucion vulgar por haber sido heredero. Y lo mismo ha de decirse cuando algun estraño es instituido por heredero con el hijo pupilo del testador.

SECCION V.

Quiénes pueden hacer la sustitucion pupilar, y á qué personas puede hacerse

1401 Como el fundamento de la facultad de hacer esta sustitucion es la patria potestad, y ésta compete solo al padre legítimo, él solo podrá gozar de aquella respecto á sus hijos legítimos impúberes que se hallen en su poder.

1402 No podrá pues sustituir pupilarmente al hijo casado y velado, pues éste segun la ley 3, tit. 5, lib. 10, Novís. Recop., *se tiene por emancipado en todas las cosas para siempre*; mas si el hijo no está velado como no sale de la patria potestad, tendrá su fuerza y vigor lo dispuesto por las leyes de Partida, y por consiguiente podrá nombrársele sustituto pupilar (1).

1403 No se estiende solamente la virtud de la patria potestad al hijo legítimo natural del testador, sino al prohijado por via de arrogacion, pues su padre adoptivo puede darle sustituto en todos los bienes que debe heredar de él, y en los que algun amigo del mismo adoptante le hubiere legado ó donado en consideracion á éste; pero no en los que herede de su padre natural ó de otra parte, porque tocan á sus parientes abintestato, en caso que el testador ó donante no disponga de ellos á favor de otro. (Ley 9, tit. 5, Part. 6.)

1404 No pierde el padre los derechos de patria potestad porqne deshercde á su hijo; y por consiguiente si lo hace, en la forma y por una de las justas causas que el derecho prefija, y el hijo es mayor de diez años y medio, pues antes de esta edad no se le conceptúa con la suficiente para merecer la desheredacion, (ley 9, tit. 5, Part. 6) puede sustituirle pupilarmente, no solo en sus bienes, sino en los que herede de su madre y otros parientes. (Ley 6, tit. 5, Part. 6.)

1405 Puede tambien el padre, al sustituir pupilarmente al hijo á quien deshereda, imponer al sustituto la obligacion de que pague cierta manda ó legado, y gravarle de este modo en todos los bienes que por cualquier concepto pertenezcan al pupilo, con tal que no sea en los que adquiera de su madre, pues en estos no está obligado el sustituto á entregar la manda al legatario. (Ley 3, tit. 9, Part. 6.)

1406 Por derecho de Partida está concedida al abuelo la facultad

---

(1) Véase lo dicho en la nota al número 476, por lo cual no nos conformamos con esta doctrina de Febrero.

de sustituir pupilarmente á su nieto legítimo. Actualmente carece de ella, porque como el hijo por el mismo hecho de casarse sale de su poder, no puede estarlo el nieto, ni por consiguiente nombrársele sustituto.

1407 Puede el padre del pupilo, segun el derecho de Partidas, escluir á la madre de éste de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar espresa, y no tácita. (Ley 12, tít. 5, Part. 6.) Lo que parece que repugna, atendida la disposicion de la ley 6 de Toro, (1, título 20, libro 10, Novis. Recop.), que dice: *Que sus ascendientes sean herederos de sus descendientes legítimos ex-testamento y abintestato.*

1408 Pero debe advertirse, que el padre al nombrar sustituto pupilar en los bienes de su hijo testa en su nombre propio, y no en el de éste, del mismo modo que si fueran suyos; y que no estando obligado á dejar á su muger por heredera, ni á ceñirse á una ley que habla privativamente con el hijo, no puede ésta querellar de inoficioso su testamento, pues no se le debe la legítima por derecho natural como al hijo, sino por el positivo, que se la puede dar y quitar.

1409 Por estas razones y otras que traen los AA., debe entenderse la citada ley de Toro cuando el hijo no es sustituido pupilarmente, mas no en otro caso, que la misma ley esclaye en cuanto dice; *en caso que los ascendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de los heredar*; pues uno de los que tienen este derecho es el sustituto, por lo que no corrige aquella la de Partida que lo permite. Parece pues que no queda duda en que la madre puede ser escluida por el padre en virtud de la sustitucion pupilar, y que por consiguiente lo pueden ser los abuelos maternos.

1410 Pero como si el hijo fallece antes, le heredan sus padres igualmente, haciendo el padre testamento por él, no puede privar á la madre de mas que de la tercera parte de sus bienes (que es de lo que el mismo hijo puede disponer en uso de la permision de la ley 6 citada): y si muere despues que su padre, quieren muchos que se entienda fallecer intestado, en cuyo caso le hereda su madre en el todo. Por estas razones, por estar hoy tan limitados los derechos de la patria potestad, por negar algunos que el padre testa en su nombre, y afirmar que lo hace en el de su hijo, de quien son los bienes (pues por ser pupilo no está privado de heredarle), hay decisiones varias acerca de esta sustitucion; y para evitar dudas y pleitos convendria se declarase lo que se debia practicar.

|| Bien se ha podido echar de ver el tono vacilante é inseguro con que se esplica Febrero defendiendo la opinion de que puede el padre del pupilo escluir á la madre de este de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar, es decir, privarla de la legítima que segun la ley 6 de Toro le corresponde en los de su hijo.

En manera alguna podemos convenir con esta opinion; pues si por la misma ley 1, tit. 20, lib. 10, Novís. Recop. *suceden los ascendientes ex-testamento y ab intestato à sus descendientes, y le son legítimos herederos como estos á aquellos*, por lo que no puede el hijo escluir á la madre de las dos terceras partes que en su herencia le corresponden, ¿por qué en el caso de no tener descendientes, ha de poder hacerlo el padre anteponiendo á una persona estraña? Las legítimas establecidas por las leyes son derechos de que no puede privar la voluntad del testador.

Ni como afirman algunos autores está escluida la madre en

el caso presente por las palabras de la misma ley de Toro, que hablando de que son los ascendientes herederos forzosos de sus descendientes, dice: *en caso que los dichos ascendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de los heredar*, pues el relativo *que* se refiere á los hijos que sin ser legítimos tienen este derecho, como el hijo legitimado, y en manera alguna al sustituto, pues á haber querido comprender á éste, se hubiera la ley esplicado mas esplícitamente. De esto cualquiera puede convencerse leyéndola con atencion. Lo que decimos de la madre debe tambien entenderse de los demas ascendientes, pues en estos obran las mismas razones.

A estas tan sencillas, suficientes por sí solas para destruir la doctrina sostenida por Febrero, nos parece conveniente añadir una nota de su reformador, que refuta la opinion del mismo Febrero en el núm. 90, pág. 109 del tom. 1.º, y en el núm. 8, pág. 400, tom. 3.º en que sostiene la conveniencia y necesidad de una declaracion acerca de esta materia. Dice así el reformador: «En mi dictámen no hay necesidad de ninguna declaracion del soberano sobre el presente punto, sino que se reflecsione algun tanto y se quiera ver la verdad. La ley 6 de Toro lejos de admitir al sustituto pupilar con esclusion de la madre y demas ascendientes del pupilo, le escluye absolutamente. Despues de mandar que los ascendientes del pupilo sucedan por testamento y *abintestato* á sus descendientes, añade: *En el caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de los heredar*: por manera que solo esceptúa este caso y no el de que haya sustituto pupilar. Si se dice, como lo dicen en efecto Gomez y otros muchos autores, que en la espresion *ó que hayan derecho de los heredar* está comprendido dicho sustituto, se comete un error gramatical; pues aquella se refiere á las palabras *hijos descendientes*... Las razones que se alegan á favor del sustituto no merecen confutacion, aun cuando se consideren en sí mismas, y se prescinda de la disposicion de una ley que las desvanece. El decir, v. g., que el padre testa en su nombre propio, nombrando un heredero á su hijo, es grande necedad; pues una vez que la sustitucion pupilar se tiene por una primera institucion del hijo, y por un testamento suyo en que se dispone de sus propios bienes, es evidente que el padre testa en nombre de aquel: bien que para el caso nada importa teste de un modo ó de otro. Y por otra parte, ¿es mas justa la ley que prefiere el sustituto pupilar á la madre y ascendientes legítimos, que la que prefiere estos al primero, para que à fuerza de varias sutilezas tomadas del derecho civil y de las Partidas, que muchas veces lo adoptaron ciegamente, ¿hayamos de apoyarla y sostenerla? ¿hemos de añadir al desconsuelo de una madre y de unos abuelos por la pérdida de un hijo y nieto de tierna edad el dolor de ver los bienes de este en poder de otro, acaso estraño? Los derechos de la patria potestad deben circunscribirse á los límites que dicta la sana razon.) (1)

«Sin embargo no falta quien opine con Febrero que seria conveniente una declaracion del soberano, la cual tenemos nosotros por

(1) Véanse los números 1153 y siguientes.

supérflua. Dice que no haciendo la ley 6 de Toro mencion de los sustitutos llamados por la ley de Partida, con preferencia de la madre, puede formarse una presuncion á favor de aquellos, no creyéndose derogada la ley de Partida por la de Toro, *que realmente es oscura y diminuta en su contesto.* Si hubiera entendido la esplicacion que hacemos de la ley 6 de Toro para demostrar que la madre no puede ser escluida por el sustituto pupilar, la esplicacion que llama *interpretaciones gramaticales*, diciendo neciamente que para este caso son unas puras sutilezas, cuando desvanece todas las dudas, habria sido seguramente de nuestro parecer. Y en efecto lo ha sido incurriendo en una contradiccion, pues en otra parte dice espresamente "que la ley 6 de Toro quita toda ocasion de dudas sobre la cuestion de las facultades del padre para nombrar sustituto pupilar en perjuicio ó con esclusion de la madre, porque ordenando esta ley que los ascendientes legítimos sucedan *ex-testamento* y *ab intestato* como los descendientes á ellos, siendo tambien sucesion *ex-testamento* la sucesion pupilar ordenada por el padre en el que hace por el pupilo, está obligado por esta ley á instituir á la madre por heredera forzosa *ex-testamento*, declarada tal en ella. Si la escluyere ú omitiere instituyendo á otro, tendrá ocasion para romper el testamento: entonces heredará *abintestato* á su hijo....» ||

SECCION IV.

Cuándo tiene efecto la sustitucion pupilar, y qué bienes debe llevar el sustituto.

1411 Hecha la sustitucion pupilar por quien para ello tiene facultad, adquiere el sustituto muriendo el pupilo antes de la pubertad, no solo los bienes que del testador heredó éste, sino todos los que por cualquier concepto le correspondan; y queda tan dueño de ellos, como si el mismo pupilo siendo capaz de hacer testamento y no teniendo herederos legítimos le instituyese como tal.

1412 Ha de entenderse esto no teniendo prohibicion legal de serlo, pues si la tiene no gozará la herencia, antes bien pasará á los que deben heredar ab intestato al pupilo. (Ley 7, tit. 5, Part. 6.)

1413 Pero debe aceptar el sustituido no solo los bienes que á este toquen por herencia paterna, sino aun por la de otro pariente ó estraño, título ó causa, ya sea instituido por heredero juntamente con él ó solo nombrado por su sustituto: y de no aceptarlos, nada llevará; porque como le ha de representar en el todo, no se le permite eleccion ni aceptacion parcial. (Ley 8, tit. 5, Part. 6.)

|| La ley 8 que se cita en el testo hace la siguiente diferencia: si el sustituto es nombrado heredero juntamente con el hijo, puede tomar los bienes del pupilo y dejar los demas; y si es nombrado simplemente sustituto, debe llevar los del hijo y los del testador que le nombró. ||

SECCION V.

Causas por las que queda ineficaz la sustitucion pupilar.

1414 Pierde esta su fuerza y queda ineficaz por alguna de estas causas:

1.ª Por llegar los pupilos á la pubertad.

2.ª Por perder el derecho de ciudadanía.

3.ª O el de familia, siendo emancipados ó prohijados, y pasando al poder del adoptante ó saliendo por otro motivo de la potestad de su padre; pero si este fuere cautivo no espirará la sustitucion hecha antes de serlo.

4.ª Por romperse ó anularse por alguna causa legal el testamento en que se hizo.

5.ª Por otorgar el testador otro perfecto con revocacion de los precedentes.

6.ª Por nacer despues de hecha algun hijo ó hija de quien el padre no hizo mencion específica ni genérica en el testamento.

7.ª Por no aceptar el pupilo la herencia: pero si hiciese esto dolosamente por perjudicar al sustituto, puede el juez apremiarle á que la reciba; y si aun asi no lo hiciese, no por esto perderá aquel el derecho que tiene de heredarle si muere antes de la pubertad. Y si el pupilo se arrepiente despues de haberla repudiado, se le debe restituir, y entonces revive la sustitucion.

1415 Esta sétima causa apenas tiene lugar en el dia, porque los tutores aceptan la herencia á beneficio de inventario, y en nada se mezclan los pupilos.

1416 Y debe advertirse, que si el sustituto muere antes que el instituido, no trasmite á otro el derecho que tenia á suceder por la sustitucion pupilar: escepto que sea de los hijos ó descendientes del testador; ó si fuese estraño y se hubiese nombrado sustituto en segundo grado, pues en esto podrá trasmitirse el derecho que tenia el nombrado primer sustituto; ó si la sustitucion pupilar está unida con el derecho de acrecer, en cuyo caso no se sucederá por este derecho sino por la sustitucion.

SECCION VI.

Sustitucion ejemplar.

1417 Llámase asi esta sustitucion, porque es á ejemplo é imitacion de la pupilar; pues asi como puede el padre nombrar sustituto á su hijo para el caso en que muera sin poder por su corta edad testar de sus bienes, le es tambien permitido hacerlo cuando proviene la incapacidad por algun otro defecto de la naturaleza, como cuando el hijo es loco, fátuo, ó sordo-mudo que no sepa leer ni escribir ni pueda por consiguiente espresar su voluntad.

Es pues la *sustitucion ejemplar*: la que hacen los ascendientes á los descendientes que tienen derecho de heredarlos y están imposibilitados de testar por su locura, mentecatez ú otro defecto

que provenga de la naturaleza y no sea el de la edad, para que si muriesen con él, perciba el sustituto todos los bienes.

1418 En la sustitucion ejemplar lo mismo que en la pupilar hace el padre ó abuelo la distribucion de los bienes de su hijo ó nieto, para que los lleve el sustituto si mueren estos dentro de la edad pupilar, ó con el defecto que tenian cuando se hizo la espresada distribucion. Puede designarse la persona en el testamento del padre, ó en otro cerrado que otorgue por su hijo, para evitar de este modo se atente á la vida del pupilo por el que sabe que despues de su muerte ha de percibir sus bienes. Asi se halla previsto este caso en las instituciones de Justiniano.

1419 Produce esta sustitucion los mismos efectos que la pupilar, y tiene con ella mucha semejanza. Se diferencian sin embargo:

1.º En las personas que pueden hacerlas y á las que pueden hacerse.

2.º En las que pueden ser nombradas por sustitutos.

SECCION VII.

Personas que pueden hacer la sustitucion ejemplar.

1420 Pueden hacerla el padre, la madre ó abuelos, á sus hijos ó nietos legítimos de ambos secsos, ya estén en su poder ó fuera de él; y tambien la madre á los naturales cuando se les deba su legítima, pero no á los espúreos. El padre no puede sustituir á estos ni á los naturales, porque no son sus herederos forzosos. (Leyes 1 y 11, tít. 5, Part. 6.)

1421 Ninguna de estas leyes ni otra alguna habla de la madre ni abuelos maternos, sino solo del padre y abuelos paternos. De esto parece inferirse que asi como puede hacer la sustitucion pupilar el que tiene patria potestad, puede hacer la ejemplar, regularmente hablando; porque à pesar de ser los ascendientes herederos forzosos de sus descendientes, no pueden estos nombrar sustitutos à aquellos, pues ningun derecho les concede esta facultad.

SECCION VIII.

Quiénes deben ser nombrados por sustitutos en la sustitucion ejemplar.

1422 Debe observarse precisamente el órden siguiente:

1.º Nombrar por sustitutos à los hijos del loco, fátuo ó desmemoriado; (pues aunque los tenga puede ser sustituido ejemplarmente).

2.º A falta de ellos à los nietos y demas descendientes por su órden y grado.

3.º No teniéndolos, à los hermanos, con tal que sean de la línea del ascendiente que los sustituya, y à los hijos que los muertos hayan dejado, pues entran en su lugar y los representan.

4.º En defecto de todos à los estraños.

1423 La ley 11, tit 5, Part. 6, nombra primero à los descendientes; despues à los hermanos, y por último à los estraños. Dice asi: *Pero si este loco á quien dan el sustituto, oviere fijo ó nieto, ó alguno de los otros que descienden por derecha línea dél, débenlo sustituir en su lugar, é non otros. E si alguno de estos non oviese, entonce le pueden*

dar sustituto á su hermano, si lo oviere, é si non oviere hermano, pueden le dar por su sustituto otro estraño.

|| Entonces no eran los ascendientes herederos forzosos de sus descendientes; pero siéndolo en el dia (ley 1, tit. 20, lib. 10, Nov. Recopilacion), creemos no cabe duda en que por esta ha sido aquella corregida, y que deben por consiguiente, para que tenga efecto la sustitucion, ser llamados à la herencia los ascendientes antes que los hermanos del loco y que el estraño. ||

SECCION IX.

Causas por las que queda ineficaz la sustitucion ejemplar.

1424 Las señala la ley 11, tit. 5, Part. 6, y son:

1.ª Cuando el loco ó fátuo recobra su juicio.

2.ª Cuando le nace despues un hijo ó hija.

3.ª Cuando el que la hizo la revoca por testamento posterior.

1425 Debe entenderse la primera si el loco no vuelve despues à su locura, pues si vuelve, convalece la sustitucion; porque es visto no haberse estinguido sino cesado por algun tiempo. (Ley 11, tit. 5, Partida 6. Gomez, lib. 1. *Var.* cap. 4, núm. 11, vers. *Dubium tamen.*)

1426 Otros autores dicen que si el que salió de la locura permaneció bastante tiempo con su juicio cabal ó tuvo un largo lúcido intervalo, de modo que pudo pensar en el arreglo de sus asuntos y por consiguiente en hacer testamento, concluye la sustitucion ejemplar, y no convalece aun cuando al tiempo de su muerte se halle de nuevo en la enagenacion mental.

SECCION X.

Sustitucion compendiosa.

1427 Es una sustitucion que en breves palabras contiene diferentes sustituciones, por la variedad de tiempos en que puede verificarse, y comprende á todos los herederos instituidos, y todos los bienes que el testador les deja. Puede hacerla el padre à los hijos impúberes que estan en su poder, y se ordena en esta forma: *instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legítimo, y en cualquier tiempo que muera, sea su heredero Juan.*

|| El reformador de Febrero dice en una nota á la sustitucion compendiosa "que puede hacerse por cualquiera á cualquiera, y que segun sean las personas y los casos que ocurran, habrá lugar á la sustitucion vulgar, á la pupilar, &c.; y añade despues que Febrero padeció una equivocacion manifiesta." Sin embargo de que convenimos con el reformador, no podemos menos de decir, que Febrero se acomodó en un todo á las palabras de la ley, y aun que puso el mismo ejemplo de ella. ||

1428 Si el testador es caballero ó soldado y el hijo tiene madre y muere dentro de la edad pupilar, heredará el sustituto todos los bienes de éste por virtud de la sustitucion pupilar comprendida en la compendiosa, y su madre nada.

1429 Si fallece el hijo despues de cumplidos los 14 años, llevará su

madre únicamente la tercera parte de su herencia y todo lo que le perteneciese por línea paterna, y los demas bienes serán para el sustituto.

1430 Si el testador no es caballero y el hijo á quien sustituye muere en la edad pupilar, llevará el sustituto toda la herencia, y la madre del pupilo nada; y si fallece dentro de la pubertad, todo será para su madre, y en su defecto para los parientes mas cercanos.

1431 Pero si el testador dice: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo menor de catorce años, y en cualquier tiempo que muera sustituyo en su lugar á Juan, ó quiero que Juan sea su heredero*, en este caso, muriendo el hijo dentro de la pubertad sin sucesion legítima, llevará su madre todos los bienes que le tocaren por la línea paterna y la tercera parte de sus bienes, y el sustituto las otras dos.

1432 Todos estos casos se hallan espresos en la ley 12, tít. 5, Partida 6, al hablar de la sustitucion compendiosa. Pero debe tenerse presente que por la ley 6 de Toro (1, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop.), se previene sin escepcion de personas que los ascendientes sean legítimos herederos de sus descendientes ex-testamento y ab intestato; y estando como lo está por esta ley corregida la de Partida, no debe seguirse en cuanto perjudique á los derechos que tiene la madre á la herencia de su hijo.

SECCION XI.

De la sustitucion brevilocua.

1433 La sustitucion *brevilocua ó recíproca* es aquella en que son mútuamente sustituidos los instituidos en primer lugar. Llámase brevilocua porque se hace brevemente ó con pocas palabras.

1434 Solo el padre tiene potestad de hacerla á sus hijos pupilos; y la cláusula se ordena de esta suerte: *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan mis dos hijos menores y los hago mútuamente sustitutos uno de otro.* En esta sustitucion se incluyen cuatro: dos vulgares y dos pupilares; pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar ó de la pubertad, ó no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro instituido. (Ley 13, tit. 11, Part. 6.)

|| Aunque la mencionada ley pone esta cláusula de ordenarla, no por eso creemos que quiso escluir otros casos que pueden imaginarse, como por ejemplo sustituir mútuamente á los herederos estraños instituidos en primer lugar. Por consiguiente puede hacerla cualquiera, y no solo el padre como dice Febrero; y lo que añade en seguida de llevar la herencia el sustituto, debe entenderse, como ya se dijo, sin perjuicio de los derechos de la madre. ||

SECCION XII.

Sustitucion fideicomisaria.

1435 Pueden los testadores imponer á sus herederos el gravámen de que restituyan la herencia ó parte de ella á la persona designada en el testamento. Esto es lo que la ley 11, tít. 5, Part. 6, llama *sustitucion*

fideicomisaria, pero en el dia tiene por lo regular solo el nombre de *fideicomiso*.

1436 Se entiende por heredero *fiduciario* el que debe entregar la herencia, pues en el deposita el testador su confianza: *fideicomisario* aquel á quien se debe entregar, aunque este nombre se aplica tambien á veces al primero. Todo el que es capaz de testar puede hacer esta sustitucion ó imponer este gravámen á cualquiera persona á quien instituya por heredero, escepto los padres á los hijos ó estos á aquellos en sus legítimas.

1437 Se puede imponer al fiduciario la obligacion de que entregue la herencia al instante que la reciba, para cierto dia, ó cuando se cumpla cierta condicion; y con arreglo á esto podrá pedirla el fideicomisario, contra quien no prescribe la accion hasta que se cumpla el dia ó la condicion prefinida por el testador, pues hasta entonces está impedido de usar de ella.

1438 Debe el heredero fiduciario, á quien se le ha impuesto el gravámen de restituir la herencia para cierto dia ó bajo cierta condicion, dar cuentas al fideicomisario del estado en que ésta se encuentra al tiempo de la entrega: por lo cual tiene obligacion de hacer inventario solemne de los bienes en que consista, cuando la reciba.

1439 Instituyendo el testador muchos herederos, é imponiendo á uno el gravámen de que entregue su parte á los coherederos, no han de percibirla estos igualmente sino con respecto á las suyas. (Ley 3, tit. 5, Part. 6.)

1440 Si el fideicomisario muere antes de la adicion y entrega de la herencia, pasa á sus herederos el derecho que le compete, si la sustitucion es pura, y no si es condicional. (Gomez, lugar cit. núm. 9.)

1441 Gravándose al heredero en la entrega de la herencia *cuando el quiera*, vale la sustitucion, y habrá de entregarse aquella despues de su muerte, por creerse que antes no quiere, y faltarle la voluntad faltándole la vida. (Gomez, cit. núm. 27.)

1442 Tambien se ha de entregar la herencia en dicho tiempo, en el caso de dudarse cuándo debe hacerse. (Parlad. *dif.* 17, núm. 6.)

1443 Cuando el testador instituye heredero universal á un descendiente legítimo ó natural, sea varon ó hembra, y manda que se entregue la herencia despues de su muerte á un estraño ó á otro descendiente del testador, se entiende gravado con la condicion tácita *si no tuviese hijos ó descendientes*. (Ley 10, tit. 4, Part. 6.)

1444 Pero si el heredero es estraño ó ascendiente, ha de decirse lo contrario, como asimismo siempre que el gravado tenga hijos, y lo sepa el testador. (Gomez, núms. 32, 35 y 36.)

1445 Como no podia segun derecho de Partida entrar el fideicomisario en posesion de la herencia si el fiduciario no se la entregaba, quedando de este modo frustrada la voluntad del testador, podia el juez apremiarle á que la aceptase ó á que la entregase si la habia aceptado. (Ley 19, tit. 11, Part. 6.)

Pero no tiene en el dia aplicacion esta ley, pues la 1, tit. 18, lib. 10, Novis. Recop., permite al sustituto fideicomisario pedir la herencia, si no quisiere hacerlo el fiduciario ó si la hubiese renunciado.

1446 Tambien puede hacerse otra especie de fideicomiso, designan-

do el testador confidencialmente al fiduciario la persona á quien debe este entregar la herencia, ó indicándole la distribucion que ha de hacer de sus bienes y prohibiéndole que revele lo que confidencialmente le dijo.

1447 Puede tambien el fideicomitente designar en el testamento la persona á quien ha de entregar la herencia el fiduciario, pero prohibiendo á cualquiera juez y persona el que le pidan cuenta de la inversion que de ella hiciese, y mandando que en caso de que alguno se entrometa ó quiera entrometerse, no haya fideicomiso, sino que el heredero fiduciario (á quien en estos casos se le dé tambien el nombre de fideicomisario) herede enteramente. Queda pues en la buena fé de este el cumplimiento de los encargos que le hizo el testador.

SECCION XIII.

De la cuarta trebeliánica.

1448 Por derecho antiguo romano no podia obligarse á que entregase la herencia la persona que habia sido instituida por heredero. Despues que se le impuso esta obligacion, como se conociese que los fiduciarios no querian aceptar los fideicomisos por el mucho trabajo, cuidado y responsabilidad que sin utilidad alguna les ocasionaban, y que por esto quedaba sin efecto la voluntad del testador, se dieron dos Senados-consultos para librarles de esta responsabilidad y estimularles con algun premio; y por último se les concedió la *cuarta* que se llamó *trebeliánica*, y que se adoptó tambien en nuestras leyes de Partida.

1449 Esta cuarta, como su nombre lo indica, es la cuarta parte, que se dá al fideicomisario, de los bienes de la herencia; y puede sacarla en la forma que vamos á ver.

SECCION XIV.

En que forma debe sacarse la cuarta trebeliánica.

1450 Para su detraccion y esaccion se ha de considerar el valor líquido ó efectivo que tenian los bienes al testador al tiempo de su muerte, deducidas sus deudas y espensas funerarias, pero no los legados.

1451 Debe el fiduciario incluir y contar en dicha cuarta todo lo que el testador le legó, y los frutos que percibió de la herencia mientras la tuvo en su poder; y si estos equivalen á aquella, restituirla íntegra al verdadero heredero: mas si no equivalen, puede detraer únicamente de la herencia lo que falte para completar la cuarta, pues no debe producirle frutos antes de la restitucion.

1452 Si los frutos importan mas que la cuarta y el fiduciario entrega la herencia al verdadero heredero al tiempo prefinido por el testador, puede quedarse con todos aquellos como cuarta parte de esta; y si no se le prefinió y el heredero sabiéndolo es negligente en demandársela, llevará todos los que ha producido á mas de la cuarta parte.

1453 Si se resiste maliciosamente á su entrega ó la difiere, tiene obligacion de restituir con la herencia el esceso que haya de los frutos

al importe de la cuarta; y para poder retener esta, ha de aceptar aquella libre y espontáneamente y entrar en ella, porque si dá lugar á que se le compela á su adicion nada llevará, antes bien deberá restituirla enteramente y con todos los frutos al verdadero heredero.

1454 Tendrá tambien el fiduciario obligacion de satisfacer las deudas del testador, á prorata de esta cuarta parte si la percibiese. (1).

---

(1) Febrero en el número 100, página 145 del tomo primero, dice. «En el dia, como segun la ley 1, tit. 4, lib. 5 de la Recop. (1.ª, tit. 18, lib. 10 de la Novis. Recop.) valen los fideicomisos y cualquiera otra disposicion testamentaria sin adicion de heredero, controvierten nuestros intérpretes si aun habrá lugar à la deduccion de dicha cuarta (trebeliànica), y la opinion afirmativa es la mas seguida.» Presciudiendo nosotros de la esactitud de este aserto, y persuadidos de las fuertes razones con que se sostienen las distintas opiniones que hay acerca de esta materia, hemos preferido dar una breve noticia de dicha cuarta en las dos últimas secciones de este título, que sino es de mucha aplicacion en la práctica, no creemos pueda perjudicar el tener alguna idea de ella.

TITULO XV.

De la aceptacion ó repudiacion de la herencia, y préviamente de los beneficios que tiene el heredero para hacerla con mayor acierto.

1455 Como en la herencia puede haber mas cargas ó deudas que bienes, y el heredero por la admision quedaba responsable de todas hasta con los suyos propios, pareció justo no precisarle á que la admitiera á ciegas; y con este laudable propósito se introdujeron los dos remedios ó beneficios, de que pasamos á tratar como preliminares de la aceptacion ó repudiacion; á saber, el derecho de deliberar y el inventario, que competen á todos los herederos, tanto legítimos como testamentarios.

SECCION I.

Del derecho de deliberar.

1456 El heredero, sea legítimo ó testamentario, puede pedir término para deliberar sobre la admision ó repudiacion de la herencia. (Ley 1, tit. 6, Part. 6.)

1457 Si aquel de cuya sucesion se trata, murió intestado, debe el que pretende ser su heredero legítimo pedir ante todas cosas que se le declare por tal, y sin preceder esta declaracion judicial, nada podrá hacer, ni será admitido en el juicio correspondiente: debe no perder esto de vista el escribano para especificarlo asi cuando le ocurra hacer poderes sobre esta materia.

(La citada ley 1, no señala término para pedir el plazo de deliberar, como lo hay para principiar el inventario; y valiera mas fijarlo.)

1458 Si el heredero tiene curador, debe pedirlo este á nombre de aquel. (La misma ley 1.)

1459 Una vez admitida la herencia, no puede ya pedirse plazo para deliberar. (La misma ley.)

1460 Debe pedirse al Rey ó al juez del lugar donde está la mayor parte de la herencia. (Dicha ley.)

(Febrero añade «ó al juez ordinario del lugar del difunto,» la ley 1, dice lo que nosotros, y advertimos que hoy no podrá pedirse al Rey y sí solo al juez.)

1461 El Rey puede conceder el término ó plazo de un año; el juez nueve meses cuando mas, ó menos si lo estimaré bastante como no baje de cien dias. (Ley 2, tit. 6, Part. 6.)

1462 Durante el término que se conceda puede el heredero pedir

que se le manifiesten los papeles ó instrumentos pertenecientes á la herencia para mejor deliberar. (Ley 1.)

1463 Pero no puede enagenar ni vender cosa alguna de ella sino con mandato del juez y por causa justa ó necesaria. (Ley 3, tit. 6, Partida 6.)

(Y habrá de ser, en nuestra opinion, á pública subasta.)

1464 Si el heredero, habido término para deliberar, repudia la herencia, debe restituirla á quien de derecho corresponda: en caso contrario se pasará por el juramento de este sobre la cantidad de los bienes, tasando préviamente el juez la suma en que debe jurar. (Ley 4, título 6, Part. 6.)

Si el heredero muere durante el término sin haber admitido ó repudiado, puede el que le herede usar del mismo derecho en lo que restaba de dicho término. (Ley 2, tit. 6, Part. 6.)

(Si muere sin haber pedido término, ni aceptado ni repudiado, trasmitirá tambien el mismo derecho que el tenia para todo esto; porque derecho es y no esperanza, dígase lo que se quiera.)

Muriendo el heredero despues de pasar el término, pero sin haber aceptado la herencia, debe distinguirse; si el heredero era hijo ó descendiente del testador, todavía trasmite á su heredero personal el derecho de aceptar la herencia; el heredero estraño nada trasmite (Ley 21, título 6, Part. 6.)

SECCION II.

Del beneficio de inventario. (Se trata tambien de inventarios en el número 557 y siguientes.)

1465 El segundo beneficio que las leyes conceden al heredero precavido es, que en lugar de aceptar la herencia simplemente, pueda hacerlo á beneficio de inventario. (Ley 5, tit. 6, Part. 6.)

1466 El heredero debe dar principio al inventario dentro de un mes desde que supo haber recaido en él la herencia, y concluirlo dentro de otros dos. (La misma ley 5.)

(La ley romana de la que ha sido tomada esta, señalaba treinta dias para principiar el inventario, y otros sesenta para acabarlo; es decir, noventa para todo. Aunque en derecho generalmente se reputa ser todo mes de treinta dias, toman de aqui ocasion los autores para disputar si valdrá el inventario concluido á los noventa y un dias; Greg. Lop. en la glosa 6 opina que sí, y aun cita la ley 101, tit. 17, lib. 50 del Dig.; en la glosa 4 trata, si valdrá el inventario principiado despues del primer mes, pero concluido dentro de los otros dos.)

1467 Cuando todos los bienes de la herencia no están en un lugar, puede darse al heredero un año á mas de los tres meses dichos. (La misma.)

1468 El inventario ha de ser hecho por escribano público, y llamados los legatarios para que presencien su formacion. (La misma.)

1469 Si alguno de los legatarios está ausente, ó si presente y llamado no quiere venir, deberán asistir á la formacion del inventario

tres testigos de buena fama y que ademas conozcan al heredero. (La misma.)

(En el dia parece que bastarán dos testigos, segun la ley 1, tit. 23, libro 10, Novis. Recop.)

(Segun Gregorio Lopez y otros por él citados en la glosa 8 de esta ley 5, deben ser tambien llamados los acreedores del difunto, como que tienen igual interés y mejor derecho que los legatarios.)

1470 El heredero debe escribir de su propia mano al fin del inventario, que está hecho lealmente y sin engaño; no sabiendo él escribir, lo hará á ruego suyo un escribano ante dos testigos. (Dicha ley 5.)

1471 Cuando los legatarios no presenciaron la formacion del inventario, y dudan si está hecho bien y lealmente, pueden pedir al juez que el heredero y testigos juren en esta razon. (Ley 6, tít. 6, Partida 6.)

1472 En el inventario deben constar todos los bienes del difunto, mas no los gastos hechos en el entierro de éste ó por otra causa justa; los que en caso necesario podrá probar el heredero por testigos ó por su propio juramento. (Leyes 4 y 8, tít. 6, Part. 6.)

1473 Si el heredero omite maliciosamente en el inventario alguna cosa de la herencia, debe pagar el duplo á los que habian de recibir algo de ella. (Ley 9, tít. 6, Part. 6.)

(Esta misma ley 9 dice que las contiendas ó pleitos en razon del inventario se han de fenecer á lo mas dentro de un año, aunque los otros civiles pueden durar hasta tres, y los criminales hasta dos; esto fué tomado del derecho romano, pero no está en práctica, segun se dirá al tratar de los juicios.)

1474 Los efectos del inventario son los siguientes:

Durante el término concedido para su formacion no pueden los legatarios demandar al heredero para el pago de los legados. (Ley 7, título 6, Part. 6.) Febrero, siguiendo á Lopez y á otros muchos, hace estensivo esto á los acreedores, porque de unos y otros hablaba la ley romana de la que ha sido tomada la de Partida que aqui se cita: pero lo cierto es, que esta no habla sino de legatarios, y que la ley final, tít. 13, Part. 1, dispone espresamente que, pasados los nueve dias desde el entierro, puedan los acreedores reconvenir al heredero para el pago de las deudas.

Despues de hecho, no es responsable el heredero á los acreedores del difunto sino en cuanto alcanzan los bienes hereditarios. (La misma ley 7.)

No puede ser obligado al pago de las mandas hasta haber cubierto las deudas. (Dicha ley 7.)

Si pagó las mandas antes que las deudas y no quedan bienes para cubrir estas, los acreedores deberán repetir contra los legatarios por razon de lo que les fué pagado. (La misma ley 7.)

(Gregorio Lopez observa con razon en la glosa 9 de esta ley, que debe entenderse cuando el heredero pagó con buena fé, ignorando que habia acreedores: en caso de duda, lo mas seguro para el heredero será ecsigir fianza á los legatarios: tambien habla esta ley de la cuarta falcidia; nosotros la trataremos mas adelante.)

Conserva ilesas todas las acciones que el heredero tenía contra el difunto. (Ley 8, tít. 6, Part. 6.)

1475 Cuando el heredero no hizo inventario, ó lo hizo, pero fuera del debido tiempo, queda obligado al pago de las deudas y legados, no solo con los bienes de la herencia, sino con los suyos propios. (Ley 10, título 6, Part. 6.)

SECCION III.

De la simple aceptacion, repudiacion de la herencia; cómo pueden y deben hacerse.

1476 El heredero, testamentario ó legítimo, que no hace uso del beneficio del inventario, puede aceptar la herencia no solo espresamente y de palabra, sino tambien tácitamente y de hecho, como cuando hace actos de tal heredero y que suponen necesariamente la intencion de serlo. (Ley 11, tít. 6, Part. 6.) (A esto segundo se llama gestion ó gestionar como heredero.)

Los actos que haga el heredero movido de piedad ó para simple custodia y conservacion de los bienes de la herencia, no suponen de necesidad la intencion de aceptarla; mas para alejar toda duda debe manifestar ante testigos que lo hace por piedad, y no con intencion de ser heredero. (La misma ley 11.)

(Febrero dice que debe manifestarlo por escrito al juez ó ante testigos; la ley dice lo que nosotros, y no dispone que deba ser por escrito. La prueba de estos actos incumbe á los acreedores; al heredero la de que no los hizo como tal: y á pesar de que la ley usa de la palabra *debe* al hablar de la protesta ó manifestacion, lo tenemos mas bien por un consejo que por precepto.)

1477 Si el hijo renuncia maliciosamente la herencia de su padre bajo cuyo poder estaba, y compra los bienes hereditarios por medio de persona interpuesta ú oculta, ó hurta alguno de ellos, se entiende por esto solo haber aceptado la herencia. (Ley 12, tít. 6, Part. 6.)

(La ley 12 habla del hijo ó descendientes que estaban bajo la potestad del difunto; pero hoy solo los hijos pueden estarlo, no los nietos. Febrero á pesar de esto la entiende de unos y otros, y nos parece bien su opinion, porque en todos concurren las mismas obligaciones y respetos de piedad, siéndonos desconocidas las sutilezas y rigorismo de la *suidad* de herederos.)

1478 Lo dicho en el número antecedente no alcanza á los herederos estraños, que deberán volver lo que así tomaron, y ademas incurrirán en la pena de hurto. (Dicha ley 12.)

1479 La aceptacion ha de ser pura, no condicional, y ha de hacerla el mismo heredero por sí, no por procurador, salvo si aquel fuere Rey ó concejo. (Ley 14, tít. 6, Part. 6.)

(Estrañamos esta doctrina de Febrero, aunque apoyada en la ley 14. La adicion ó aceptacion de herencia era entre los romanos uno de los que llamaban actos legítimos, y los de esta especie no admitian procurador. Nosotros no los conocemos; ¿habrá pues en esto lugar á pro-

curador, ó por mejor decir, con el solo hecho de nombrarle, se admite ya la herencia?)

1480 La repudiacion de la herencia puede hacerse espresamente ó de palabra, y tácitamente ó por hechos que manifiesten ser tal la intencion del heredero (ley 18, tit 6, Part. 6), como si dejó espirar el tiempo dado para deliberar sin repudiarla.

SECCION IV.

Quiénes pueden aceptar ó repudiar.

1481 Nadie puede aceptar ni repudiar la herencia sin estar cierto de la muerte de aquel à quien trata de heredar. (Ley 14, tit. 6, Part. 6.)

1482 Tampoco puede aceptar ni repudiar el heredero instituido bajo condicion antes de haberse cumplido esta. (La misma ley 14.) (No alcanzamos la razon de esto).

1483 Muriendo uno sin testamento y dejando su muger en cinta, no puede su hermano ni otro pariente entrar en la herencia, sino que debe esperarse hasta que aquella pára. (Ley 16, tit. 6, Part. 6.) Y lo mismo si lo hizo y pasó en silencio al póstumo. (La ley 17 enumera minuciosamente las precauciones que han de tomarse para evitar la suposicion de parto; pero no están en uso.)

1484 Puede aceptar la herencia todo aquel que es mayor de veinte y cinco años, sano de juicio y no está bajo la potestad de otro. (Ley 13, tit. 6, Part. 6.)

(Téngase presente en esta como en otras materias, lo dicho en los números 176 y 476, sobre que el casado adquiere la administracion de sus bienes y de los de su muger desde que entra en los diez y ocho años, segun con mas claridad se espresa en la nota del núm. 541, con arreglo á la ley 7, tit. 2, lib. 10, Novis. Recop. ¿No sería mas sencillo establecer que pueda aceptar la herencia el que tiene la libre administracion de sus cosas; y en caso contrario, que estén obligados á aceptarla bajo beneficio de inventario el padre por su hijo, el tutor ó curador por el huérfano, y el marido por la muger? Asi no habia ningun peligro para el hijo, huérfano ó muger, y ni aun perjuicio, ¿pues los gastos del inventario son de cargo de la herencia?)

1485 Sin embargo, el hijo de familias puede aceptar sin el consentimiento paterno la herencia que se le deja para que la adquiera para sí mismo y no para su padre.

En este caso, si el hijo está ausente, puede aceptarla el mismo padre. (Ley 13, tit. 6, Part. 6.)

(Debe suponerse para esto que el hijo tenga la edad legítima, y que solo le obste su calidad de hijo de familias. Pero ¿quién es el que deja la herencia á un hijo para que la adquiera para su padre, que es el caso contrario supuesto por esta ley? A mas de que la doctrina sobre bienes adventicios destruye esta suposicion.)

1486 Si el heredero es menor de siete años ó falto de juicio, la aceptarán el tutor ó padre en nombre de aquel, cuando entendieren que le es provechosa.

Si es mayor de siete años y menor de catorce, no puede acep-

tarla sin el consentimiento de su tutor ó padre, y en caso de no tenerle, sin autorizacion judicial. (La misma ley 13.)

El heredero mayor de catorce años y menor de veinte y cinco que no tenga curador ni padre, puede aceptar por sí mismo, salvo siempre el beneficio de su restitucion por su menor edad. (Dicha ley 13.)

1487 La muger casada puede aceptar la herencia sin licencia de su marido, pero à beneficio de inventario y no de otra manera. (Ley 10, tit. 20, lib. 10, Novís. Recop.)

Pero no puede la misma repudiarla sin licencia de su marido. (Dicha ley 10.)

(Las leyes de las Partidas no hablan de quién puede renunciar ó repudiar, sin duda porque en esto se guardarà lo mismo que en aceptar.)

1488 Siendo dos los herederos, si el uno acepta y el otro que no tiene sustituto repudia, debe el primero aceptar tambien la parte de éste, ó repudiar tambien la suya. (Ley 18, tit. 6, Part. 6.)

(Nos remitimos en cuanto à esto á lo dicho sobre el derecho de acrecer en el núm. 1336 y siguientes.)

SECCION V.

De los efectos de la aceptacion ó repudiacion de la herencia.

1489 La herencia, una vez aceptada, no puede ya repudiarse; ni repudiada, puede ya aceptarse, salvo empero el beneficio de restitucion en ambos casos si el heredero fuese menor de edad. (Ley 18, título 6, Part. 6.)

Sin embargo, el hijo ó nieto pueden recobrar dentro de tres años la herencia de su padre ó abuelo que repudiaron, pero no los bienes enagenados ya de ella, à menos que sean de menor edad. (Ley 20, titulo 6, Part. 6.)

1490 El llamado á una misma herencia por testamento y abintestato, si noticioso de su doble título repudia por el segundo, se entiende que repudió por los dos; à no ser que entonces mismo acepte como heredero testámentario, pero no si lo ignoraba. (Ley 19, tit. 6, Part. 6.)

(La razon de diferencia que dà esta ley 19, no satisface. Supónese en ella (y no podrà menos de ser asi) haber muerto aquel cuya sucesion ó herencia se renuncia. Ahora bien; la sucesion legítima es mas provechosa que la testamentaria, en la que puede haber mandas y otros gravàmenes: parecia por lo tanto que el que renunciaba lo mas renunciaba tambien lo menos.)

1491 Aceptada la herencia simplemente ó sin beneficio de inventario, queda el heredero responsable de todas sus cargas, asi deudas como legados, no solo con los bienes de aquella, sino con los suyos propios. (Ley 10, tit 6, Part. 6.)

1492 Pero dentro de los nueve dias siguientes à la muerte de aquel de cuya sucesion se trate, no pueden ser molestados ni emplazados los herederos por los acreedores ni legatarios, à no ser que haya sospechas fundadas de que los primeros disiparán, ocultarán, ó

se iràn con los bienes del difunto, pues en este caso podràn ser compelidos à dar fianzas à satisfaccion del juez. (Leyes 15, tit. 13, Partida 1 y 7, tit. 6, Part. 6.)

1493 Los acreedores y legatarios no deben tomar por fuerza cosa alguna de los bienes del difunto: en caso contrario, deben devolver lo tomado y pierden su derecho si alguno tenian; no teniéndolo, habrán de volver lo tomado y otro tanto de lo suyo propio. (Dicha ley 15, tít. 13, Part. 1.)

TITULO XVI.

De los testamentarios ó albacéas.

SECCION I.

Su definicion y especies.

1494 Testamentario, albacéa ó ejecutor de últimas voluntades es *el que por nombramiento del testador*, ó *por disposicion de derecho cumple lo que aquel ha ordenado en su testamento ú otra última disposicion.*

1495 Los ejecutores de últimas voluntades, á semejanza de los tutores, son de tres clases, á saber: *legítimos*, *testamentarios y dativos.*

1496 Legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador, como el obispo, que lo es de las últimas voluntades pías (Conc. Trid., cap 8, *sess.* 22, de *reformat.*), y el heredero.

1497 Testamentarios son los elegidos en testamento ú otra última disposicion.

1498 Dativos son los que nombra de oficio el juez ó magistrado, cuando el elegido en el testamento ó el heredero no quieren cumplir lo dispuesto por el testador.

1499 Los testamentarios dativos se dividen nuevamente en *universales* y *particulares.*

1500 Universales son los elegidos para evacuar en un todo la voluntad del testador y distribuir todos sus bienes entre los pobres, ó en otras obras pías y aun profanas.

1501 Particulares son los que nombra el testador para cumplir tan solo lo concerniente á su alma, legados ú otra cosa particular.

SECCION II.

Quiénes pueden ó no serlo, y si pueden ser compelidos.

1502 Pueden ser nombrados así el presente como el ausente, (Proemio y ley 1, tít. 10, Part. 6. Carpio, lib. y cap. 1 de *executorib.* et *comissar. testament.* núm. 36); uno ó muchos; el heredero ó estraño; el clérigo y el lego. (Carpio, lug., cit., cap. 2.)

1503 Puede igualmente serlo el mayor de diez y siete años, por que á esta edad le permite el derecho ser procurador en cualquier negocio estrajudicial, (Matienzo, glos. 8, núm. 5, ley 1, tít. 19, libro 10, Novís. Recop.); y asi en cumpliéndolos, no se le escluye de este encargo, mayormente cuando por costumbre se le tolera, como á la muger, no obstante la prohibicion de la ley del Fuero Real abajo

citada, porque las en él contenidas solo tienen fuerza de tales en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la primera de Toro. (Véase núm. 13.)

1504 Puede asimismo serlo el escribano que autoriza el testamento, porque á mas de no estarle prohibido, no se le origina sino trabajo y responsabilidad de cumplir la voluntad del testador, y tener que dar estrecha cuenta de su comision; por lo que no debe hacérsele cargo de haberlo desempeñado, como por falta de la debida instruccion lo practican algunos visitadores de escribanos.

1505 Pero si el que autorizase el testamento reporta alguna utilidad de este encargo, no podrá serlo, y se tendrá por no escrito; escepto en algunos casos.

1506 No puede ser albacéa, regularmente hablando, el que tiene prohibicion de testar; y asi están prohibidos de serlo el loco, el que es del todo mudo y sordo por naturaleza ó por accidente, el alevoso, herege y traidor declarados, el siervo, el judío y el infiel. || Ténganse presentes los números 1053 y 1054 con la nota de éste. ||

1507 Tampoco podía serlo la muger, segun la ley 8, tit. 5, libro 3 del Fuero Real; mas por costumbre inconcusa y generalmente observada se le permite que lo sea.

1508 Ni podian serlo antes de su supresion los religiosos profesos, sin licencia de sus prelados, ni los de san Francisco aun con ella; bien que podian ser nombrados para dar consejo á los albacéas. (Capitulo ult. §. 1, de *offic. jud. delegati.*)

1509 Generalmente hablando nadie puede ser compelido à admitir ó desempeñar el albaceazgo; pero una vez aceptado espresa ó tàcitamente, està obligado à evacuarlo.

SECCION III.

Facultades, obligaciones y prohibiciones de los albacéas; cláusula ámplia de su nombramiento.

1510 Siendo muchos los testamentarios y no queriendo ó no pudiendo todos intervenir en el desempeño de su encargo, vale lo que uno ó dos ejecuten (ley 6, tit. 10, Part. 6); aunque será mejor conferir à cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo, con la cual, el que primero empiece à usar de ella puede proseguir hasta su conclusion, sin tener que avisar à los demas, ni estos que mezclarse en cosa alguna.

1511 Estan obligados los testamentarios universales, no los particulares, à hacer inventario formal de los bienes del testador ante escribano y testigos, y á dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque los releve de ello y fuesen los regulares, como en los términos arriba espuestos podian antes serlo, sobre lo cual hubo varias ejecutorias en el antiguo consejo de Castilla.

1512 No pueden conmutar lo dejado para causas pías en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del testador se puede cumplir justa y cómodamente; á menos que la conmutacion se haga con autoridad del Papa ó del Príncipe por causa justa y necesaria. (Ca-

pítulo 3 *de test.*, cap. 4, causa 13, cuest. 2 ; Clement. 2. *de relig. domib.*; cap. 18, *de Foro comp.* Conc. Trid., sess. 22, cap. 6, *de reformat.*)

1513 Ni para cumplir lo dispuesto por el testador pueden demandar judicialmente los bienes á su heredero ó al que los tenga en su poder, si rehusan entregarlos, sino en los tres casos siguientes:

1.º Cuando la manda se deja para obras pias ó para alimentar y socorrer huérfanos ú otras cualesquiera personas.

2.º Cuando el testador lega alguna cosa á otro juntamente con ellos.

3.º Cuando les confiere facultad ámplia para pedir judicial y estrajudicialmennte sus bienes y cumplir lo que deja dispuesto.

1514 Fuera de estos tres casos, los legatarios solos pueden demandar sus legados al heredero del difunto. (Ley 4, tit. 10, Part. 6.) || Esta ley pone cuatro casos; pero el tercero de ellos está aqui embebido en el primero. ||

1515 Sin embargo, aunque en todos los testamentos suele darse á los testamentarios facultad *para apoderarse de los bienes del testador, venderlos en pública almoneda ó fuera de ella, y con su producto cumplir su voluntad*, no deben mezclarse los testamentarios particulares, (caso de haber herederos forzosos) en otra cosa que en lo respectivo al alma, porque esta cláusula suele ponerse por estilo, y no por mandato de los testadores.

1516 Asi la mencionada cláusula solo puede servir para lo dicho, y los escribanos no deberán poner ninguna otra sino con arreglo á lo que el testador les encargue señaladamente.

1517 Obra ademas en apoyo de esto la consideracion de que, segun observa el señor Covarrubias y queda arriba indicado, el mismo heredero es verdadero testamentario, y contra él como tal debe proceder de oficio el juez eclesiástico por lo concerniente á lo pio, y el juez real á pedimento de los interesados en lo respectivo á legados y otras cosas; pues no parece justo que un estraño, y aun pariente, se entrometa con el especioso título de testamentario en bienes de herederos legítimos ó forzosos, que estos deben percibir directamente del testador y no por mano de otro.

|| Sobre lo que aqui dice Febrero del juez eclesiástico, nos remite su reformador á una juiciosa nota que puso en otro lugar, y es como sigue: "Es cierto que los obispos por medio de sus visitadores se informan del cumplimiento de las disposiciones pias de los testamentos, que los interesados tienen que acreditar en las visitas con los documentos correspondientes; pero sobre apremiar al heredero para que lleve á ejecucion lo dispuesto en el testamento, véase la ley 14, tit. 20, lib. 10, Novis. Recop., y póngase principalmente la atencion en estas palabras: *y en el solo caso de no cumplir con esta obligacion los herederos se les compela á ello por sus propios jueces.*» Nosotros, conviniendo con el juicio del reformador, remitimos nuestros lectores al señor conde de la Cañada en sus recursos de fuerza, cap. 2, donde trata este punto con su acostumbrada crítica y profundidad, citando en el número 39 la mencionada ley 14, que es de 2 de febrero de 1776 y se publicó para mejor inteligencia y observancia de la ley 36 de Toro, hoy 13 del mismo título y libro. ||

1518 Cuando los herederos sean estraños, podrán los testamenta-

rios universales hacerlo todo bajo el tal concepto, si el testamento contiene la clàusula siguiente: «Nombro por mis testamentarios á Pedro y á Juan, y à cada uno de ellos *in solidum*, y les confiero ámplia y absoluta facultad para que luego que yo fallezca, sin intervencion, noticia ni concurrencia de mis herederos ni de la justicia, recojan las llaves de mi casa, entren y se apoderen de mis bienes, hagan ante escribano y testigos inventario estrajudicial de ellos y los tasen, eligiendo á este fin peritos; paguen lo que estoy debiendo y se llegue à deber con motivo de mi entierro, misas y demas cosas que ocurran, vendiendo para esto en almoneda ó fuera de ella los bienes suficientes; pidan judicial ó estrajudicialmente, y den, tomen y ajusten cuentas, nombrando contadores y personas pràcticas y tercero en discordia, ó pidiendo se nombren de oficio en rebeldía, cuyas cuentas aprobaràn, si estàn arregladas, y en su defecto espondràn y aclararàn los agravios que incluyan; transijan y comprometan todos los créditos y deudas que tengo à mi favor y contra mí, y los pleitos que actualmente penden y en adelante se susciten; cobren judicial y estrajudicialmente lo que por cualquier motivo se me està debiendo y debiere, formalizando los competentes resguardos à favor de los pagadores y lastos à favor de los que pagaren por otros como sus fiadores ó mancomunados; entreguen à los legatarios sus legados, dividan y apliquen á mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo á la institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad; y practiquen finalmente en todas y en cada una de las cosas espresadas y sus incidentes cuanto yo practicaría si por mi mismo lo hiciera, hasta la conclusion de mi testamentaría, consultando en lo que hubiere duda con dos letrados de acreditada ciencia y esperiencia, y ejecutando lo que unánimes resuelvan por escrito, á fin de justificar su conciencia y conducta con su parecer.

«Asimismo les confiero ámplia facultad para sustituir este poder, si fuere preciso; les prorogo el término legal por el que necesiten sin limitacion, y prohibo á todo juez eclesiástico y secular se mezcle en cosa alguna con pretesto de celo, ni impida á mis apoderados el uso de las ámplias facultades que les concedo; y si lo intentare, mando se quejen de él á su superior para que le inhiba enteramente.

«Tambien mando que si alguno de mis herederos ó legatarios reclamare, se opusiere en todo ó en parte á lo que ejecuten ó ejecute el que primero tome conocimiento en mis bienes, se mezclare sin su beneplácito en ello, ó intentase judicial ó estrajudicialmente interpretar, limitar ó tergiversar las facultades que les dejo, se entienda por el hecho mismo escluido ó no llamado al goce de su parte, la cual se repartirá entre los demas de su clase; pues mis testamentarios ó cualquiera de ellos que entienda en el asunto, cumplirán con hacer dicho inventario y manifestar á mis herederos relacion jurada de los gastos ocurridos, y estos han de quedar obligados á darle el resguardo correspondiente para su seguridad, sin tener accion para decir de agravio de dichos gastos y division, ni pretender otra cosa que tomar la parte que mis testamentarios digan que les toca, porque todo lo fio á su conciencia, y ha de ser visto que en la propia forma se

la doy y la reciben de mi mano, por ser esta mi deliberada voluntad, la que encargo al señor juez ante quien se agraviaren, que haga se observe literalmente y como suena, para evitar de esta suerte pleitos, gastos y desazones á mis testamentarios y herederos, los cuales han de pagar las espensas que causaren á aquellos, quedando ademas privados de la herencia."

1519 Pero aunque el testador confiera á sus testamentarios universales la facultad de vender sus bienes para cumplir lo que dispone, no deberán venderlos sino en pública subasta ó almoneda, como lo manda la ley 62, tít. 18, Part. 3, para evitar todo fraude, y alejar toda sospecha contra ellos. En el caso de venta, nada pueden comprar de los bienes del difunto: si lo hacen, ademas de ser nula la compra, incurren en la pena del cuatro tanto aplicado al fisco, del mismo modo que los tutores que compran algunas cosas de sus pupilos. (Ley 1, tít. 12, lib. 2, Novís. Recop.) || Hoy seria aplicado el cuatro tanto á penas de Cámara. ||

1520 Tampoco podrán los testamentarios de ninguna especie delegar su encargo sin espresa autorizacion del testador; y aun concedida ésta, no valdrá en todos los casos, porque se cree elegida su industria, habilidad y buena conducta. (Cap 2, §. 1, *de testamento, in* 6.)

SECCION IV.

Término dentro del que deben los testamentarios cumplir su encargo; pena de los morosos.

1521 Los albacéas ó testamentarios deben evacuar su encargo en el término ó tiempo que les prefijó el testador, aunque sea mayor ó menor que el legal. (Ley 6, tít. 10, Part. 6.)

1522 No habiéndoles prefijado tiempo el testador, deben evacuarlo lo antes posible. (Dicha ley 6.)

1523 Si hay obstáculos por los que no pueden evacuar prontamente su encargo, deben hacerlo á mas tardar dentro de un año despues de la muerte del testador. (La misma ley 6.)

1524 Si por malicia ó negligencia no cumplen su encargo, y despues de haber sido amonestados para que lo hagan dan todavía lugar á ser separados judicialmente, pierden por el mismo hecho lo que debian haber por el testamento; y si nada tenian que haber, deben pagar al interesado el daño que se le cause, y ademas dos mil maravedís á la real cámara. (Leyes 8, tit. 10, Partida 6 y 5, tit. 18, lib. 10, Novís. Recop). || Entiéndase hoy con aplicacion á penas de Cámara. ||

1525 La pérdida de lo que el albacéa debia haber por el testamento, caso de serlo el hijo, debe entenderse quedándole salva su legítima. (La misma ley 8, tit. 10, Part. 6). || Lo mismo deberá decirse entenderse de todos los herederos forzosos, porque la razon es la misma. ||

SECCION V.

Si debe ó no ser gratuito el cargo de los testamentarios.

1526 Damos por supuesto que si el testador lega alguna cosa ó cantidad á los testamentarios, deben partírsela con igualdad ó en la forma prevenida por el testador; y en caso de fallecer alguno de ellos ó de no aceptar el encargo, acrece á los otros en la proporcion indicada: pero la cuestion actual es otra.

1527 Hay discordancia entre los autores sobre sí deberá ó no darse algun salario á los albacéas por su trabajo.

Unos lo afirman general y absolutamente; otros dicen que no debe darse al mero ejecutor que ha de evacuar brevemente su comision, pero sí al que haya de desempeñar alguna de mucho tiempo con cargo de administracion.

Finalmente otros, cuya opinion es la segura, lo niegan para todos y en todos los casos, porque entre el testador y el ejecutor de su última voluntad se celebra un verdadero contrato de mandato, que como fundado ó motivado por la confianza, amistad ó piedad es de suyo gratuito, y de lo contrario degeneraría y se convertiria en arriendo.

Asi pues, por el mismo hecho de aceptar su encargo el testamentario ó albacéa, es visto que se obliga á evacuarlo graciosamente, y por lo tanto no se le debe salario, aunque sea oficial que viva de su trabajo, y aunque el encargo ó comision haya de durar por mucho tiempo con cargo de administracion: si bien es cierto, que en todo caso ha de satisfacerse al testamentario ó albacéa lo que espenda de su caudal en el desempeño de su encargo.

1528 Mas á pesar de esto debe darse salario por el albaceazgo cuando asi se pactó entre el testador y el ejecutor ó comisario, ó cuando este acostumbra alquilar su trabajo y por conjeturas se viene en conocimiento de que de otra suerte no aceptaria la comision ni el testador le encargaría la ejecucion de su voluntad: en cuyos casos no se tendrá por mandato sino por arriendo ó alquiler, y le señalará el juez á su arbitrio el competente estipendio, atendidas la calidad del negocio y la ocupacion ó trabajo.

SECCION VI.

Cuándo y por qué causas se acaba el encargo de albacéa ó testamentario.

1529 Acábase el encargo de albacéa por la muerte de éste, y no pasa á sus herederos, aunque podrán ser demandados por la responsabilidad en que hubiese incurrido él mismo con su mal proceder: ya se ha dicho que este encargo es personalísimo, por creerse hecho en atencion á la industria, habilidad y buena conducta del elegido.

1530 Acábase ademas por las causas siguientes:

Por la revocacion que haga el testador del nombramiento ante-

rior de albacéa; || pero no puede acabarse lo que nunca empezó, y hay por lo menos impropiedad en el lenguage de Febrero. ||

Por haber sobrevenido enemistad entre los dos, testador y albacéa.

Por impedimento, locura ó fatuidad del albacéa.

Por haber sido removido de su oficio ó encargo como sospechoso.

Por el trascurso del tiempo ó término que le señaló el testador, ó del que en su defecto señala la ley para evacuar este encargo ó comision.

Por haberla evacuado en efecto.

Y finalmente, por haber cesado la causa del nombramiento de albacéa.

TITULO XVII.

Del poder para testar.

SECCION I.

Qué sea; por quienes y á quiénes puede darse; con qué solemnidades.

1531 El poder para testar *es un acto ó disposicion en que alguna persona faculta á otra para ordenar su última voluntad, declararla y disponer de sus bienes.*

1532 Aquel á quien se confiere este poder, se llama *apoderado* y mas generalmente *comisario*; y aunque muchos le confunden con el testamentario ó albacéa, hay sin embargo entre ellos notable diferencia, porque al segundo no se le comete mas que la puntual y material ejecucion de lo que el mismo testador deja mandado: pero bien pueden concurrir ambos conceptos en una misma persona, y el comisario para testar será ademas testamentario, si se le encarga la ejecucion de lo que él disponga.

1533 Suelen conferir este poder los que no pueden ó no quieren disponer determinadamente todas sus cosas, y al mismo tiempo no quieren morir intestados.

1534 Pueden conferirlo todos los que pueden testar, á todo el que, sea varon ó hembra, no está privado de ser personero ó apoderado, para que en nombre de los mismos ordene y formalice el testamento con arreglo á lo que mandan y le comunican en el poder, y para que ejecute lo que los mismos testadores harían por sí propios (ley 6, tit. 5, libro 3 del Fuero Real); pues el poder no es testamento ni por tal se estima, y siendo recíproco solo sirve para el que fallece primero, de modo que el sobreviviente habrà de hacer nueva disposicion si no quiere morir intestado.

1535 En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de testigos que en el testamento nuncupativo. (Ley 7, tít 19, lib. 10, Novís. Recop.)

1536 El poder ha de insertarse y relacionarse en el testamento que á su virtud se ordene para documentarlo; y el comisario ha de declarar ademas que no le ha sido revocado, suspendido, ni limitado, y que el testador falleció bajo él: como se verá en el testamento de esta especie que se estenderá en el formulario.

SECCION II.

Sobre las facultades y prohibiciones del comisario para testar.

1537 El apoderado ó comisario debe ceñirse en un todo á las facultades que el testador le haya conferido espresamente.

1538 No podrá por lo tanto el comisario hacer mandas, fundaciones, mejoras, sustituciones á los hijos y descendientes del testador, desheredarlos, darles tutor, ni nombrar heredero, sin que aquel le conceda facultad especial para cada una de estas cosas. (Ley 1, tít. 19, lib. 10, Novís. Recop.)

1539 Y en cuanto al nombramiento de heredero, ni aun basta que el testador le faculte especialmente para ello, pues tiene que hacerlo el mismo testador en el poder; y no lo haciendo, será nulo el hecho con posterioridad por el comisario. (La misma ley 1.)

1540 Pero no es necesario que el testador señale directa y determinadamente por su nombre al mejorado, sustituto ó tutor de sus hijos, pues basta que dé facultad especial al comisario para mejorar, sustituir ó dar tutor, eligiendo de entre personas ciertas á cualquiera de ellas; por ejemplo, si tiene tres ó cuatro hijos, para que mejore al que quisiere de ellos, ó para que de Pedro, Juan, Diego y Francisco sus amigos pueda nombrar al que le parezca por tutor de sus hijos, segun se dispone en la citada ley 1, que concluye así: «Salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para hacer heredero, nombrando el que dá el poder por su nombre á quien manda que el comisario haga heredero; y en cuanto á las otras cosas, señalando para qué dá el poder; y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló y mandó, y no mas.»

|| Segun estas últimas palabras, dice muy bien el reformador de Febrero, si el testador dá, por ejemplo, facultad especial para nombrar tutor á sus hijos, podrá el comisario usar de ella, aunque el testador no haya mencionado ningunas personas para hacer entre ellas la eleccion. ||

1541 El comisario no puede delegar en otro ú otros su comision para practicar lo que el testador le ordenó y no pudo ó no quiso practicar por sí; pues que este hizo la eleccion de comisario confiando en su buena fé é industria.

1542 Pero si el testador le confirió facultad especial para delegar, podrá hacerlo siempre que aquella esté circunscrita á persona ó personas inciertas de entre otras ciertas que el mismo testador haya espresado; por ejemplo, de los abogados de tal colegio al que quisiere: lo cual procede igualmente en punto á nombrar testamentarios. || Téngase presente la observacion anterior del Febrero reformado en punto á tutores, porque milita la misma razon. ||

1543 Si el testador dió solamente al comisario facultad general para ordenar su testamento y omitió el nombramiento de heredero en el poder, no podrá en virtud de este hacer el comisario mas que

descargar la conciencia del difunto, pagando sus deudas y repartiendo el remanente del quinto de la hacienda por su alma; lo demas habrá de repartirse entre los parientes que deban heredarle ab intestato, y no habiendolos, deberá el comisario disponer de ello en bien del alma del difunto, mas no en otra cosa, dejando á la viuda, caso de haberla, lo que por derecho le corresponda. (Ley 2, tít. 19, lib. 10, Novísima Recopilacion.)

1544 Tampoco puede revocar en todo ni en parte sin poder ó autorizacion especial el testamento anterior del testador. (Ley 4, tít. 19, libro 10, Novis. Recop.); ni el que el mismo comisario haya otorgado en virtud del poder; ni despues de hecho podrá otorgar codicilo, aunque sea en favor de causas pías y se reserve en sí la facultad de revocarlo, añadir, disminuir, ó hacer alguna declaracion (ley 5, tít. 19, libro 10, Novís. Recop.); porque de permitirse esto se seguirian muchísimos fraudes: y así deberá evacuarlo todo en el testamento que ordene á virtud del poder, si este carece de las indicadas especialidades.

1545 Cuando el testador instituyó heredero en el testamento, y en tal estado dió poder al comisario para que lo concluyese, no puede este mandar, despues de satisfechas las deudas y cargos de aquel, mas que el quinto de sus bienes, y si mandare mas, no valdrá, á no ser que le hubiese conferido facultad especial para ello. (Ley 6, tít. 19, libro 10, Novís. Recop.) Se vé pues que el testamento puede principiarse en vida del testador, y concluirse despues de muerto.

SECCION III.

Término ó tiempo dentro del que debe el comisario hacer uso de su poder.

1546 Para ordenar el testamento y cumplir todo lo espresado en la seccion anterior no se concede al comisario mas término que el de cuatro meses perentorios, á contar desde el dia de la muerte del testador, estando aquel en el lugar al tiempo de ella; seis si está ausente de dicho lugar, pero dentro del reino; y un año si se halla fuera de este. (Ley 3, titulo 19, lib. 10, Novís. Recop.)

1547 De consiguiente, si espira dicho término sin que el comisario haya otorgado el testamento ni practicado lo demas para que se le confirió el poder, no podrá ya usar de este ni hacer el testamento: ni aunque pida mas término alegando que estuvo ausente y no llegó á su noticia se le debe prorogar. (Dicha ley 3.)

1548 En el caso del número anterior, ó cuando el comisario no quiso hacer uso del poder ó murió sin hacerlo, irán los bienes del difunto á sus herederos ab intestato, los cuales en el caso de no ser hijos ni descendientes ó ascendientes legítimos, estan obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por el alma del testador dentro de un año contado desde la muerte de éste; y no lo haciendo, podrán ser compelidos á ello por las justicias reales, á peticion de cualquiera del pueblo. (Ley 13, tit. 20, lib. 10, Novís. Recop.)

1549 Peró si el testador nombró heredero, ó hizo legados, ó dispuso específica y señaladamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario á evacuarlo todo; y no lo haciendo él, será habido por he-

cho (la misma ley 3): en cuya virtud, aun despues de haber espirado el término, podrá bien el comisario otorgar el testamento, ciñéndose á lo literal del poder, y sin escederse de esto ni aun para pasar á disponer lo que le haya comunicado el testador, como podia hacerlo dentro del término. || En este caso es del todo inútil el testamento. ||

1550 Para evitar el perjuicio que se puede ocasionar al heredero y demas interesados por la negligencia, malicia ó imposibilidad del comisario, conviene que el testador le prorogue el termino, no solo para cumplir lo que deja espresado y ordenado en el poder, como si fuera testamentario ó albacéa, sino tambien para hacer su testamento, disponer y declarar en este á virtud del poder lo que le tiene comunicado y comunique, y para evacuarlo todo; pues como la ley 33 de Toro, hoy 3, tít. 19, lib. 10, Novís. Recop., no le prohibe prorogárselo, y antes bien fué establecida en su favor y con el fin de que su voluntad se cumpliera pronta y esactamente, puede hacerlo para uno y para otro, y renunciar todo lo que cede en su beneficio.

1551 Asi pues, habiéndose hecho lo próroga en el poder, no debe detenerse el escribano en ordenar el testamento con todo lo que diga el comisario haberle comunicado el testador y mandádole declarar y ejecutar, aunque esté pasado el término legal; y de lo contrario, solo autorizará el testamento para evacuar lo que espresa y señaladamente contenga el poder.

SECCION IV.

Qué debe hacerse cuando son dos ó mas los comisarios.

1552 Si el testador nombra dos ó mas comisarios, y siendo requeridos no quieren ó no pueden todos usar del poder, ó muere alguno de ellos, pasa el poder por el mismo hecho á los demas.

1553 Estando discordes los comisarios, se estará á lo que resuelva la mayor parte de ellos; y si discuerdan en número igual, han de llegar por tercero al corregidor, asistente, gobernador ó alcalde mayor del pueblo, y en su defecto al alcalde ordinario; habiendo dos ó mas de ellos, y no conformándose los comisarios en cuál ha de ser, deberán estos echar suertes, juntarse luego con aquel á quien toque, y ejecutar lo que la mayor parte determine (ley 7, tít. 19, lib. 10, Novis. Recop.): si bien para precaver este inconveniente convendrá que el testador confiera á cada uno in solidum la facultad de practicarlo todo, y asi lo concluirá por sí solo el que principie, sin que los demas tengan que mezclarse en nada, como efectivamente se practica.

|| Aunque segun la regla 31, tít. 34, Part. 7, por hombre bueno se entiende el juez ordinario de la tierra, atendida la ley 38 de Toro, ó 7, tít. 19, lib. 10, Novís. Recop., y la division actual entre lo judicial y gubernativo ó político, nos inclinamos á que debería ser la autoridad política y no la judicial la llamada hoy á decidir el empate de los comisarios, ya porque las facultades de los jueces están limitadas á juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ya porque en los asistentes y gobernadores de que habla la ley de Toro predominaba lo político asi como en los alcaldes de los pueblos, y de ello participaban tambien en aquel tiempo los corregidores y alcaldes mayores. ||

TITULO XVIII.

De la declaracion de pobre.

SECCION I.

Qué sea, y sus solemnidades.

1554 La *declaracion ó testamento de pobre* es una disposicion última hecha por el que carece de bienes.

1555 Debe tener los mismos requisitos y la misma solemnidad de testigos que el testamento nuncupativo, porque realmente lo es, y solo se diferencia de el del rico en que no contiene legados, fundaciones ni mejoras, á causa de hallarse el testador pobre sin bienes para hacerlas; y en esta atencion pide al párroco en cuya parroquia fallezca, ó á algun otro sugeto, que le mande enterrar de limosna y haga el bien que pueda por su alma.

SECCION II.

Sobre la duda de algunos escribanos en la declaracion de pobre.

1556 Algunos escribanos dudan si podrá el testador hacer en esta declaracion mejoras, sustituciones, legados, fundaciones y todo lo demas que se hace en cualquier otro testamento; pero no debe dudarse de que puede el testador hacer todo esto, refiriéndose á bienes que tal vez adquiera en lo sucesivo, y de los cuales acaso no podrá disponer entonces por enfermedad ó incapacidad, pues á nadie se le prohibe prevenirse cuando se halla bueno.

1557 Por tanto, no deberá detenerse el escribano en autorizar la declaracion de pobre con todo cuanto quiera el testador disponer legalmente, hablando siempre de bienes futuros, pues que en ninguna pena incurrirá por hacerlo.

TITULO XIX.

De los codicilos.

SECCION I.

Qué sean; su orígen, sus especies y solemnidades; quiénes pueden hacerlos.

1558 El codicilo es *una disposicion última menos solemne que el testamento, ordenada antes ó despues de este y en escritura breve, sin institucion directa de heredero.* (Ley 1, tít. 12, Part. 6.)

|| Esta ley lo define así: «Escritura breve que hacen algunos omes, despues que son fechos sus testamentos ó antes.» Y no queremos dejar esta primera ocasion para manifestar con la debida modestia, que en esta materia disentimos de Febrero y de casi todos los que la han tratado. Despues de la ley 3 de Toro, hoy 2, tít. 18, libro 10, Novis. Recop., aclaratoria de la ley 1 del mismo, no hay ya la menor diferencia en cuanto á las solemnidades entre el testamento y codicilo nuncupativo ó abierto; ¿por qué pues conservar las antiguas diferencias sobre los efectos de uno y otro, fundadas principalmente en la única importante que ya ha desaparecido, y en otras que solo por un recuerdo supersticioso de la antigüedad pudieron subsistir aun entre los mismos romanos?

Porque segun habemos observado en los núms. 1018, 1036 y 1044, el testamento entre los romanos tuvo un orígen político, estaba unido al ejercicio de derechos políticos, y era acompañado de todas las imponentes solemnidades de una ley. En tal estado de cosas fué preciso y útil apelar á los codicilos ó simples cartas entre presentes, por los que el testador pedia á su heredero que hiciese esta ó la otra cosa; pero estas cartas, asi como no ecsigian solemnidad para su redaccion, tampoco tenian fuerza legal para obligar al heredero, ni podian derogar al testamento, que era una verdadera ley.

Mas con el tiempo túvose por moral y conveniente dar fuerza á los codicilos ó cartas, y esto hizo forzoso revestirlos de algunas formas esteriores, no tanto por vía de solemnidad, como de la prueba necesaria para que constase de su certeza; asi es que las mugeres podian ser testigos, y no era necesaria la rogacion de estos como lo era en el testamento, en el que no podian atestiguar aquellas. Desapareció al fin en Roma el sello político de los testamentos, y sin embargo subsistieron entre ellos y los codicilos estas diferencias y todas las demas consiguientes á ellas, como la de no poderse dar ni quitar directamente la herencia, hacerse sustitucion, desheredacion, &c. en los segundos.

Que esto pasase entre los romanos, y aun el que haya sido trasladado á las leyes 2 y 3, tit. 12, Part. 6, puede escusarse y esplicarse: en aquellos por su veneracion á la forma primitiva de los testamentos; en estas por igual ó mayor veneracion hácia la legislacion romana. Hay ademas en uno y en otro derecho razones de consecuencia y aun de necesidad para establecer tanta diferencia entre la fuerza ó efectos del testamento y codicilo; en este era menor el número de testigos, y podian serlo las mugeres, nadie podia morir con dos testamentos, y esto pugnaba con la forma y destino de los codicilos, que habian sido introducidos para mitigar el rigor de este principio.

Pero igualadas ya entre nosotros las solemnidades del testamento y codicilo, pudiendo uno morir con dos ó mas testamentos si asi lo quiere, y testado é intestado parcialmente, ¿qué razon ni pretesto siquiera plausible puede haber para mantener tantas y tan capitales diferencias entre uno y otro? Asi, nosotros opinamos que todo lo que puede hacerse en testamento nuncupativo, puede tambien hacerse en el codicilo de la misma especie; y aun nos atrevemos á avanzar que en toda legislacion bien ordenada debe desaparecer el nombre del segundo, porque si ha de tener las mismas solemnidades que el primero, debe ser una misma cosa con él; y sino las tiene, el legislador aparece torpe é inconsiguiente. Cerca y reviste al testamento con tantas solemnidades para fortalecerlo contra las asechanzas de la codicia y perversidad humana ¿por qué no cercar de las mismas precauciones los codicilos, cuando por ellos se puede dar y quitar indirectamente la herencia? ¿qué diferencia real hay entre estas dos cosas? ¿y por qué se ha de admitir tal absurdo en esta importante materia contra el principio de derecho y de razon universal de que á nadie es permitido por medios indirectos lo que le está prohibido por los directos?

La dificultad puede estar en los codicilos cerrados, por creerse que no habló de ellos la citada ley 3 de Toro, ó 2, tit. 18, lib. 10, Novísima Recop., y que en este punto rige aun la ley 3, tit. 12, Part. 6, segun la cual era necesaria la intervencion de cinco testigos con sus firmas. (Greg. Lopez en la glosa 2 de la misma, y Gomez en la 3 de Toro, núm. 69.)

Pero dejando aparte que otros como Burg. de Paz, comentando la misma ley de Toro, número 1360, y Menchac. de *Success. creat.*, §. 25, número 23, sostienen que esta ley habló de unos y otros codicilos, los cerrados deben ser de uso rarísimo, y asi como los testamentos de esta especie no se hacen sino en calma y con sana salud, sucederá lo mismo en los codicilos, y será por lo tanto difícil que en este infrecuente caso no se precava el testador con las mismas solemnidades: aunque de todos modos es evidente la necesidad de aclarar y fijar la materia de codicilos, ó por mejor decir, de desterrarlos.

Como prueba de la funesta manía de confundir con doctrinas y sutilezas el derecho romano lo que está claro en nuestras leyes recopiladas, citaremos á Gomez que sostiene (núm. 78) con todo el aire posible de seguridad, que la muger puede ser testigo en los codicilos, y que la ley 3 de Toro hizo novedad en cuanto al número, no en cuanto á la calidad de los testigos: y lo sienta asi únicamente por hallarlo dispuesto en una ley romana, pues que aun las nuestras de

Partida habian guardado silencio sobre la calidad de los testigos.

Es pues visto que nosotros desechamos casi toda la doctrina de Febrero sobre codicilos, y el sánalo todo de la cláusula codicilar; pasamos no obstante á esponerla, para los que puedan opinar en contrario, y copiaremos tambien las fundadas observaciones de su reformador, por no privarle de su justo mérito. ||

1559 El codicilo sigue la naturaleza del testamento, pero no es parte suya, porque si lo fuera, no subsistiria sin él como subsiste; á no ser que el testador se remita en el testamento á lo que ordenará en el codicilo, pues en tal caso es ya parte del mismo.

1560 Se introdujo por Lucio Léntulo en tiempo del emperador Augusto, á fin de hacer legados y fideicomisos, declarar el testamento, aumentar, disminuir, mudar y revocar su contenido, salva siempre la institucion de heredero. || Este orígen se esplica mas circunstanciadamente en el tit. 25, lib. 2, de la Instituciones de Justiniano. ||

1561 El codicilo, á manera del testamento, puede ser *abierto* ó *cerrado*. (Ley 1, tít. 12, Part. 6.)

1562 En los codicilos debe intervenir la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto. (Ley 2, tit. 18, libro 10, Novís. Recop.: véase núm. 1008.)

1563 Pero se duda si esta disposicion legal debe entenderse solo para los codicilos abiertos, ó si ha de ampliarse á los cerrados, puesto que la ley no distingue, y trata de su solemnidad á continuacion de la que prescribe para el testamento cerrado.

1564 Algunos dicen que bastan tres testigos vecinos, con escribano; y cinco si no son vecinos, á lo cual me inclino: y otros, que son precisos los cinco y que firmen con éste, como en el testamento escrito. (Gomez, ley 3 de Toro, núm. 76, vers. *Quæro tamen.*) Es decir que respecto de los cerrados aun rije la ley 3, tit. 12, Part. 6.

1565 Por tanto para quitar dudas y escrúpulos, debe procurar el escribano que se hallen presentes los cinco testigos pudiendo ser habidos, y de esta suerte no se podrá alegar nulidad por defecto de solemnidad; pues por leyes de Partida (la citada ley 3), se requieren los mismos cinco, los cuales deben firmar con el escribano encima del cuaderno como en el testamento cerrado; y no pudiendo encontrarlos, lo espresará en el otorgamiento para que conste.

"La ley 3 de Toro, que acaba de hacer diferencia entre la solemnidad del testamento abierto y la del cerrado, tambien la habria hecho entre ambos codicilos, si no hubiese querido igual solemnidad en ellos: manda que á los codicilos concurra igual número de testigos que al testamento abierto, y que á este asista el señalado en la ley del Ordenamiento del señor don Alonso, hoy ley 1, tit. 18, lib. 10, Novis. Recopilacion. Segun esta se requieren en el testamento nuncupativo tres testigos á lo menos, vecinos del lugar, con escribano público; sin éste, cinco al menos del mismo vecindario, pudiéndolos haber en el lugar; y tres por lo menos de la misma vecindad, no pudiendo haberlos en mas número ni tampoco escribano público. Lo de los siete testigos que trae la citada ley recopilada, se añadió por el señor Don Felipe II. ¿Y qué necesidad hay de disputas á vista de unas leyes claras y terminantes?

Solo pueden servir aquellas para burlarse de estas y hacer que no tengan su debida observancia." (*Febrero reformado.*)

1566 Por lo dicho no deben ser admitidas las mugeres para testigos de los codicilos (Parlador, *differ.* 14, núms. 16 y 17), no obstante lo que dice Gomez, ley 3 de Toro, núm. 70, y Burgo de Paz en ella, núm. 1344, contra a comun opinion.

1567 Puede otorgar codicilo todo el que es capaz de testar; y puede otorgarlo solo y morir bajo de él, antes ó despues del testamento, ó con éste.

1568 Si lo hace antes y no otorga luego testamento, es válido, á no ser que lo revoque por otro; pero si otorga testamento, se revocará por este solo hecho el codicilo, no espresándose en dicho testamento lo contrario ó no confirmándose en él; y si lo hace despues del testamento, valdrá tambien, siempre que no lo revoque por otro.

SECCION II.

Qué cosas no pueden hacerse en los codicilos.

1569 No puede el testador nombrar directamente heredero en el codicilo (ley 2, tít. 12, Part. 6); bien que si le nombra, se estimará por testamento, aunque le llame codicilo, pues se recede muchas veces de la propiedad literal de las palabras, para que sirvan á la intencion del que las profiere y no se inutilice su disposicion.

1570 Tampoco puede el testador quitar en codicilo la herencia al instituido en testamento, ni imponer condicion al que fué instituido sin ella; por lo cual, aunque se la imponga no está obligado á cumplirla, ni dejará por no hacerlo de percibir la herencia, á no ser que en el testamento se diga: *que lleva la herencia con las condiciones y en la forma que espresará en el codicilo, y no de otra suerte*; en cuyo caso valdrá la condicion, porque solo declara en el codicilo lo que es, y no se la impone en este, lo cual es muy diverso. (Véase núm. 1124.)

1571 Ni puede mudarlo ni desheredar á los herederos forzosos, aunque si manifestar el delito que cometieron contra él, y si fuere de los señalados por las leyes como causas justas de desheredacion y se probase, perderán la herencia.

1572 Finalmente, no puede hacer sustitucion, mandando que si el heredero nombrado en el testamento muere antes de entrar en la herencia, le suceda en ella el que instituye en el codicilo; porque esto es hacer segunda institucion, lo cual está prohibido. (Leyes 104, título 18, Part. 3; 7 y 8, tít. 3; y 2, tít. 12, Part. 6.)

1573 Pero esto no obstante, se le permite nombrar en codicilo heredero universal indirectamente, que es por fideicomiso, rogando ó mandando al instituido en testamento que entregue la herencia al que nombra en el codicilo; bien que aun cuando no se le mande ni ruegue, tiene obligacion de entregársela (leyes 7, tít. 3, y 2, tít. 12, Partida 6); pues la institucion directa hecha en codicilo ó testamento imperfecto con la cláusula codicilar se convierte en fideicomisaria.

|| Repetimos lo anteriormente dicho, que en nuestra opinion puede hacerse en codicilo todo, lo mismo que en el testamento, y que no ad-

mitimos la maravillosa cláusula codicilar, sobre la cual se esplica tambien el reformador de Febrero en los términos siguientes: «Despues de haber reflecsionado bien sobre el párrafo *de la cláusula codicilar* que trae Febrero, hemos creido deber omitirse enteramente en esta cuarta edicion; ya por no apoyarse su doctrina sino en el derecho comun y en los intérpretes vulgares, y ya por ser infundada y contraria á mas leyes, como fácilmente puede demostrarse.» ||

1574 Pero aunque el testador nombre directamente heredero en el codicilo, no incurrirá en pena el escribano por autorizarlo, pues ninguna ley se la impone ni se lo prohibe; y aquel se tendrá por testamento, como queda espuesto.

1575 Tambien puede nombrar en el codicilo tutor á sus hijos; pero deberá despues confirmarle el juez para que pueda usar de la tutela, lo cual no es preciso cuando le nombra en testamento. (Véase número 491 y las leyes citadas, en el que nada hablan de confirmacion, aun cuando el tutor haya sido nombrado en codicilo.)

SECCION III.

Si puede uno morir con dos ó mas codicilos.

1576 || Habiendo ya emitido nuestra opinion afirmativa de que puede uno morir con dos testamentos, podria parecer viciosa esta cuestion; pero la agita Febrero, y debemos seguirle en ella, como en otras que no habemos aprobado. ||

1577 Aunque ninguno puede hacer dos testamentos de modo que ambos valgan, pues por el segundo perfecto se revoca el primero, puede sí hacer dos codicilos ó todos los que quiera, sin que el primero se revoque por el segundo, sino en lo que sean contrarios, ó cuando hay revocacion espresa.

La razon de esta diferencia consiste en que por los codicilos se legan ó dejan solamente cosas singulares, y de consiguiente pueden legarse unas en uno y otras en otro y subsistir todas las mandas sin repugnancia ni contrariedad: pero en los testamentos se deja necesariamente la herencia, que es todo lo que pertenece al testador; y así, se rompe el primero por el segundo, á causa de no poder subsistir ambos por la oposicion de dejarla toda á cada uno, ni por lo tanto ser íntegramente heredero de ella.

«Puesto que ya no es necesaria en el testamento la institucion de heredero, y que no pueden tener lugar las sutilezas que la hacian precisa segun el derecho romano y el de las Partidas, no parece haber inconveniente en que valgan dos testamentos de una misma persona, siempre que el uno no revoque al otro ni sean contrarias sus disposiciones. Por tanto, si en uno dispone el testador de la mitad de sus bienes distribuyéndolos en legados, y en otro de la otra mitad en iguales términos, deben valer y cumplirse esactamente ambos testamentos. La ley 21, tit. 1, Part. 6, apoya este modo de pensar, pues trae un caso en que valen las mandas hechas en dos testamentos. Tampoco parece haber inconveniente despues de desvanecidas dichas sutilezas, en que dos testamentos perfectos sean válidos en cuanto á los nombra-

mientos de herederos, siendo instituidos estos en partes diversas ó de manera que no haya ninguna oposicion, mayormente cuando no tenemos ley que disponga lo contrario.» (*Febrero reformado.*) || Cierto es que segun regla de derecho no pueden ser dos herederos *in solidum* de uno mismo; esto es un imposible legal: pero no lo es el que lo sean por partes y á virtud de dos testamentos, si asi lo quiere el testador. ||

1578 Ultimamente y para cerrar esta materia, el codicilo se puede revocar, asi como el testamento, interviniendo en su revocacion la misma solemnidad que intervino en su formacion.

TITULO XX.

De la apertura de los testamentos y codicilos cerrados, y cómo se han de elevar á instrumento público los hechos de palabra ó en cédula ante testigos.

SECCION I.

Quién ha de presentar el testamento ó codicilo cerrado; cuándo; ante qué juez, y quién puede pedir su apertura.

1579 Quien tenga en su poder el testamento ó codicilo cerrado de alguna persona que ha fallecido, debe presentarlo á la justicia ordinaria del pueblo en que aquella ha muerto. (Leyes 1 y 2, tit. 2, Partida 6.)

1580 La presentacion ha de hacerse dentro del mes siguiente á la muerte del testador. (Ley 5, tit. 18, lib. 10, Novís. Recop.)

1581 El que no cumpliere con lo prevenido en los dos números anteriores, perderá la manda que le haya sido hecha, empleándose esta en sufragios por el alma del testador; y caso de no habérsele hecho, pagarán al interesado el daño que se le cause, y ademas dos mil maravedís á la cámara del rey. (Dicha ley 5.)

1582 Las disposiciones anteriores comprenden indistintamente á toda clase de personas: de modo que el clérigo no puede eesimirse de la presentacion del testamento so pretesto de ser lego el juez, porque es competente para ello (ley 6, tít. 18, lib. 10, Novís. Recop.), aunque no para lo demas que ocurra, si se trata de su interés, pues sobre esto puede acudir al suyo.

|| No alcanzamos con precision lo que quiera decir Febrero al final del número anterior, pues ni el clérigo, ni por punto general ningun otro privilegiado, goza de fuero activo ni puede acudir á su juez solo por tratarse de su interés. Conviene por lo tanto recordar aqui, aunque sea á costa de alguna repeticion parcial, lo dispuesto en las leyes 13, 14 y 16, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop., para que se vea que nuestros católicos monarcas supieron conciliar la defensa de su real jurisdiccion con aquel glorioso renombre, y con la reverencia y obsequio tan justamente debidos á la iglesia y á sus ministros.

Cuando el comisario para testar no hizo uso de su poder, van los bienes del difunto á sus herederos ab intestato; y si no lo son forzosos, han de disponer de la quinta parte de aquellos por el alma del testador

dentro del año siguiente á la muerte, y no lo haciendo, *serán compelidos á ello por las justicias reales.* (Dicha ley 13; véase núm. 1548.)

Los bienes y herencias de los que mueren absolutamente ab intestato han de ser entregados íntegros sin deduccion alguna á los herederos que deban haberlos segun leyes, quienes deberán hacer el entierro, ecsequias, funerales y demas sufragios que se acostumbran en el país, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto; pero en el caso de no cumplir *han de ser compelidos á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes.* (Ley 14.)

Los jueces eclesiásticos no pueden conocer sobre nulidades de testamentos, inventarios, secuestros ni administracion de bienes, aunque aquellos se hubiesen otorgado por personas eclesiásticas, y algunos de los herederos ó legatarios fuesen comunidad, ó persona eclesiástica ú obras pias (ley 16), siendo digno de advertirse que la 13 es de los Reyes Católicos, y la 14 y 16 del inmortal Carlos III, es decir, de los Monarcas que son la gloria y orgullo del trono español. ||

1583 Puede pedir la apertura del testamento el que tenga interés en ello, tanto por sí como por otro en su nombre y con poder especial, espresando haber fallecido el testador bajo aquella disposicion, y jurando no pedirlo de malicia, sino tan solo por presumir que es interesado, ó que lo es la persona á quien representa. (Ley 2, tít. 2, Part. 6.)

1584 El pedimento debe presentarse al juez ordinario secular, no á otro; y ecsistiendo el testamento en el mismo lugar, hará el juez que se le lleve inmediatamente para abrirlo; si ecsiste en otro, señalará plazo al sugeto que lo tenga, para que lo presente. (Dicha ley 2.)

SECCION II.

Diligencias que ha de practicar el juez antes de proceder á la apertura.

1585 El juez antes de proceder á la apertura del testamento ó codicilo, ha de proveer auto mandando comparecer en su presencia á los testigos instrumentales, los cuales bajo de juramento que les recibirá por sí mismo (pues la ley no le permite cometer su ecsámen al escribano ni á otra persona) reconocerán sus firmas y las del testador ó del que por este ó por algunos de ellos firmó, é igualmente el testamento ó cuaderno que se les manifieste, y depondrán de su fallecimiento por haberlo oido decir ó visto el cadáver. (Ley 3, tít. 2, Partida 6.)

1586 Si los testigos ignoran el fallecimiento del testador, pondrá el escribano fé de aquel á continuacion del auto, con espresion de haberle conocido vivo y estar al parecer muerto, ó si no le conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron que era el mismo sugeto; pues sin que por uno de estos medios se acredite su fallecimiento, no se debe abrir: y constando la certeza del otorgamiento y viendo el juez que el testamento ó cuaderno en nada es sospechoso, ha de abrirlo ante los testigos y el escribano, entregarlo á este para que lo lea y publique delante de todos, y despues hacer se reduzca á escritura pública por otro auto, mandando que se tenga y estime por testamento y última

voluntad del difunto; que se den á los interesados en él los traslados y testimonios que pidieren de lo que les corresponda, y que se protocolice en los registros del escribano ante quien se ha abierto: interponiendo en todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio cuanto haya lugar en derecho; porque hasta que se abre, no se debe tener ni estimar por escritura pública ni lo es en realidad, por no haberse publicado su contenido, que ignoran el escribano y testigos ó al menos estos. (Dicha ley 3.)

1587 No pudiendo ser habidos todos los dichos testigos, basta que comparezca la mayor parte, y despues el juez ha de enviar el testamento á los demas para el mismo efecto, si están en otro lugar ó enfermos ó son personas muy condecoradas; y aunque alguno niegue su firma, no ha de dejar por esto de abrirlo. (La misma ley 3.)

1588 Si no pueden comparecer todos ni la mayor parte de los testigos, y el juez conoce que de esperarlos y retardar la apertura del testamento resultará perjuicio, debe llamar hombres honrados, abrirlo ante ellos, mandarlo trasladar y leer, firmar por dichas personas, volver á cerrarlo y sellarlo; y luego que vengan los testigos instrumentales, manifestárseles para que lo reconozcan en la forma prevenida: despues de cuyas diligencias, si no resultase cosa en contrario, mandará unirlas á las otras, y que de todo se dé traslado á los interesados, ó de lo que corresponda á cada uno. (La misma ley 3.)

Pero si han fallecido todos los testigos, como puede suceder, ó se cree asi ó estan ausentes sin saberse su paradero, se debe hacer informacion de ello, de la legalidad del escribano ante quien se otorgó el testamento (caso de haber muerto), de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar y dignas de fé en sus disposiciones: en cuya ocasion se comprobarán sus firmas, ó si alguno las conoce, las reconocerá, porque todo conduce para la mayor estabilidad del testamento: despues de lo cual el juez lo mandará abrir en la forma espresada, y si quisiere, rubricará sus hojas, sin embargo de que no es preciso, previniéndose asi en la diligencia de apertura.

1589 Si el escribano ante quien se otorgó vive, está en el lugar y no se abre ante él, ha de reconocer tambien su signo y firma; bien que no es rigorosamente necesario, por no mandarlo las leyes: no es necesario advertir que cuanto se ha dicho del testamento cerrado se entiende igualmente con la apertura del codicilo de la misma especie.

1590 El juez debe mandar que se dé traslado íntegro del testamento á los herederos del testador; pero á los demas interesados en él tan solo se les ha de dar de lo que les pertenece, sin espresion del dia, mes ni año en que se hizo, para que no pueda cometerse falsedad, segun lo previenen las leyes 103, tit. 18, Part. 3; y 5, tit. 2, Part. 6: lo que actualmente se practica es dar testimonio al interesado con insercion literal de la cláusula que le atañe, cabeza y pie del testamento, nada mas, lo cual no puede motivar perjuicio, falsedad ni fraude.

1591 Cuando el testador por motivos que le asistan y no necesita manifestar, prohibe que su testamento ó parte de él se abra hasta el tiempo que prefine, ó que se publique y dé traslado de cláusula determinada que señala, ha de observarlo asi el juez; y si entiende que ha

de resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, debe mandar que no se dé, aunque el testador no lo haya prohibido. (Leyes 5 y final, tit. 2, Part. 6.) Por lo tanto será buena precaucion por parte del juez, que sin separarse de la presencia de los testigos y escribano, lea el testamento para sí y tácitamente antes de entregarlo á éste para su publicacion, por si contiene algo que no deba publicarse, como lo hacen los jueces doctos y espertos que saben desempeñar su ministerio.

1592 Y será escusable no pasar aquí en silencio (aunque tal vez parezca mas propio de la materia de contratos y obligaciones) que no puede hacerse pacto, concierto ni transaccion, antes de la publicacion del testamento cerrado, sobre la herencia ó legados que contiene; y si se hace, es nula, porque puede haber dolo y ser engañado el interesado en ellos (ley 1, tit. 2, Part. 6): en cuya atencion, aunque uno afirme con juramento que el testador le legó cierta cosa, demande al heredero para su entrega y éste se la dé en virtud del juramento, si despues de abierto resulta que el pretendido legatario faltó á la verdad, debe restituir lo recibido. (Ley 25, tit. 11, Part. 3.)

SECCION III.

De las diligencias que deben practicarse para reducir á instrumentos públicos los testamentos hechos de palabra ó en cédula ante testigos.

1593 Si el testamento fué otorgado de palabra ante testigos, acudirá al juez el heredero instituido ú otro interesado, refiriendo menudamente el hecho con todas las particularidades ó pormenores del testamento, segun se espresará en el formulario correspondiente, y concluirá pidiendo al juez se sirva mandar que al tenor del pedimento sean ecsaminados los testigos del testamento, y constando la certeza de su contenido declarar sus disposiciones por testamento nuncupativo y última voluntad de N., y asimismo proveer que se protocolice en los registros del escribano actuario, y se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fueren de dar, interponiendo en todo para su mayor validacion la autoridad judicial cuanto haya lugar en derecho. El juez mandará recibir la informacion ecsaminando á los testigos del testamento, y si de ella resultase ser cierto lo que espone en el pedimento, proveerá como se ha pedido en el mismo.

1594 Estando dispuesto el testamento en cédula ó esquela simple ante el competente número de testigos, la presentará el heredero al juez con pedimento, espresando si el testador la escribió ó quién, lo que pasó en aquel acto, que por no haber escribano en el pueblo (ó por el motivo que haya habido) formalizó su disposicion en aquellos términos, y que falleció bajo de ella; á consecuencia de lo cual pretenderá, que precediendo informacion de todo y reconocimiento de las firmas de los testigos presenciales, se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto el contenido de la cédula; que se den á los interesados las copias y los testimonios correspondientes; que se protocolice todo en los registros del escribano ante quien se presente; y que á ello y á sus traslados interponga el juez la autoridad de su oficio en forma legal.

En vista de este pedimento y cédula la habrá el juez por presentada, mandará recibir la informacion y que evacuada se lleve para proveer; y estándolo, dará otra providencia en que lo declarará todo por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto, defiriendo á todo lo demas. Todo esto es conforme á la ley 4, tit. 2, Partida 6, que no está derogada, y lo que se practica.

1595 Estas mismas diligencias deben practicarse con el testamento autorizado por notario meramente eclesiástico, pues que no puede autorizarlo, asi como ninguna otra escritura pública entre legos, y si lo hace, es nulo; por lo que es necesario practicar lo dicho con el testamento.

TITULO XXI.

Prevenciones útiles al escribano para el mayor acierto en la materia de últimas voluntades.

1596 En el número 1076 hasta el 1087 inclusive pueden verse algunas advertencias igualmente útiles para la estension de testamentos; pero en una materia tan vasta y delicada como esta, conviene aumentarlas para que jamás quede ilusoria la justa voluntad del testador por falta del escribano.

1597 Aunque debe observarse como ley la voluntad del testador, y por ser este libre en ella parece que puede testar y disponer á su arbitrio, no obstante, como á veces cree aquel justas y permitidas ciertas cosas que no lo son, debe prevenírsele que si la tal voluntad fuese contra derecho ó las buenas costumbres, no será cumplida, porque nadie tiene facultades para cambiar ni alterar la forma ó solemnidad que prescriben las leyes y costumbres (ley 32, tit. 9, Part. 6), aunque las renuncie espresamente y mande que se observe tan solo lo que deja ordenado; fundándose esta impotencia ó prohibicion en que todo hombre, escepto el Soberano, está sujeto á la ley. (Téngase presente el número 18.)

|| La forma ó solemnidades, asi de los testamentos como de los demas actos ó instrumentos, es de derecho público, y este no puede ser alterado por la voluntad ni pactos de los particulares. ¿Pero qué tienen que ver estas formas esteriores y materiales del testamento con las costumbres ni aun con lo que propia y rigorosamente se llama derecho en la materia de últimas voluntades? La misma ley 32, tit. 9, Partida 6, citada por Febrero es una buena prueba de ello, y todavia mas la 3, tít. 4, de la misma Part. donde se ponen ejemplos de lo que sea contra derecho y buenas costumbres, copiados por nosotros en el título de condiciones. Asi pues, se espresa Febrero con bastante impropiedad amalgamando la forma ó solemnidad con las leyes y costumbres: en cuanto á lo primero, buen cuidado tendrá el escribano por su propia responsabilidad en no autorizar el testamento sino con las debidas solemnidades; esto es, todo suyo y no hay para que hacer prevenciones sobre ello al testador: en lo segundo, sí, porque puede el testador en un testamento solemne y válido hacer alguna disposicion ó imponer alguna condicion contraria à derecho y buenas costumbres, y en tal caso debe el escribano prevenirle, que en esta parte no será acatada su voluntad. ||

1598 En esta atencion, para que por impericia de los escribanos no se fomenten pleitos ni discordias, se ponen á continuacion varios casos en que no puede cumplirse la voluntad del testador.

1599 Está reprobada por derecho la siguiente disposicion: "Prohibo á los arzobispos, obispos y sus vicarios, que celen sobre el cumplimiento de las cargas y administracion de bienes de la capellanía colativa ó memoria de misas que dejo fundada, y mando, que si se entremetieren en su conocimiento, se conviertan en otros fines los bienes afectos á ella, pues para el tal caso la revoco y anulo en todas sus partes."

Esta cláusula es injusta; en primer lugar, porque los prelados eclesiásticos son por sus dignidades y empleos cumplidores legítimos de últimas voluntades pías, (Concil., Trid., Sess. 22, cap. 9 *de reform.*: véase núm. 1496), y ningun testador puede quitarles el conocimiento que el derecho canónico les permite tomar y que por el solo hecho de la fundacion les confiere el mismo testador; bien que el juez secular puede tambien hacer que se cumpla lo ordenado por el testador, aunque sea piadoso (si no es espiritual) por ser de misto fuero.

Y en segundo lugar es tambien injusta dicha cláusula, porque abriria la puerta á fraudes y usurpaciones, dando lugar à que los administradores de bienes destinados á obras pías consumiesen su producto, mayormente estando asegurados de que no habian de dar cuenta de su administracion y empleo, y á que los interesados en ellos careciesen de los alivios que tal vez estimulado de superior impulso quiso darles el testador.

Ni obsta la revocacion de la cláusula inserta, porque como se funda primero la capellanía é inmediatamente la hace colativa el juez eclesiástico, ó por mejor decir la aprueba confirmando lo que el testador dispuso, con cuyo acto quedan ya sujetas las fincas á su jurisdiccion; y como ademas el capellan electo toma luego posesion de ella, y despues se visita; cuando llega el caso de entremeterse á celar sobre su cumplimiento y administracion de sus bienes, nada es del testador ni de sus herederos: y asi no se observará su voluntad.

|| Esta prevencion no puede tener uso hoy dia, estando renovada la ley de 27 de setiembre de 1820, por cuyo artículo 14 se prohibe que nadie pueda en lo sucesivo, aunque sea por via de mejora ni por otro título ni pretesto fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, *capellanía*, *obra pía* ni vinculacion alguna; y actualmente pende un proyecto de ley para la abolicion de las ya fundadas. Anteriormente estaba ya prohibida la fundacion de capellanías y cualquiera otra fundacion perpétua sin Real licencia. (Ley 6, tít. 12, lib. 1, Novísima Recopilacion) ||

1600 Tampoco debe cumplirse la voluntad de los ascendientes en cuanto «prohiben que á los tutores de las personas y bienes de sus hijos se pida cuenta de su administracion y distribucion de su producto»; pues por el dolo que pueden cometer, tendrian aun en este caso que darla, como debe hacerlo el despensero ó mayordomo: aunque esto ha de entenderse de la administracion futura y no de la pasada (leyes 29 y 30, tít. 11, Part. 5, y regla 17, tit. 34, Part. 7), porque de esta puede relevarse al administrador con tal que no haya engaño, pues si lo hay no valdrá la relevacion. (Dicha ley 30, tít. 11, Part. 5, véase el núm. 586 y su nota.)

1601 Si dejando el testador á uno por heredero usufructuario

y á otro por heredero propietario de sus bienes, manda que el segundo no pueda compeler al primero á inventariarlos, ni á dar fianzas de restituírselos y de usar de ellos como es debido, se tendrá por de ningun momento esta voluntad, y podrá el propietario á pesar de ella apremiar al usufructuario á la formacion del inventario con asistencia suya, y á que dé fianzas saneadas de no disipar los bienes, y devolvérselos con los títulos de su pertenencia, si los tiene; pues de no darlas, si los consume ó deja en tan mal estado que el propietario no halla qué heredar, no tendrá contra quién repetir: fuera de que se dá ocasion de delinquir al usufructuario, por lo que no bastará su caucion juratoria. (Véanse los números desde el 887 hasta el 898.)

1602 Pero si el testador «confiere al usufructuario ámplia facultad para vender los bienes raices y muebles preciosos que necesite sin pedir licencia al propietario ni á la justicia, para cuyo caso le instituye heredero de lo que venda con necesidad, encargándosele sobre esto la conciencia y mandando que el propietario no pueda compelerle á dar cuenta de su consumo ó deterioro, ni fianzas; que se contente con los que deje en el estado en que se hallen, y que si no se contentare se estime al usufructuario por heredero universal," parece que entonces no podrá el propietario apremiarle á darlas, y que debe contentarse con los que se encuentren al tiempo de morir el usufructuario; pues el testador como dueño de sus bienes, puede hacer de ellos lo que quisiere, no siendo contra ley.

1603 Asimismo no debe cumplirse la voluntad del testador en cuanto manda, «que aunque su muger se case segunda vez no pierda ni se le quite la tutela ni administracion de los bienes de sus hijos» (ley 5, tít. 16, Part. 6); pues suele amar tanto al nuevo marido, que puede olvidar enteramente el cuidado de ellos, y aun procurar perjudicarles. (Ley 4, tít. 16, Part. 6.) (Véanse los núms. 509 y 514, con su nota.)

1604 Lo mismo ha de decirse en órden á la abuela; y asi, á pesar del mandato del testador, se quitará á las dos la tutela, y aun se sacarán los hijos y nietos de su poder, quedando los bienes de ellas y los de sus nuevos maridos obligados tácitamente á la responsabilidad del menoscabo que hayan padecido los de sus hijos y nietos durante la tutela; y si quedan éstos huérfanos de padre en la edad pupilar sin tutor, y su madre no pide al juez que se le nombre, pierde el derecho de heredarlos caso que mueran intestados; lo cual procede tambien en los parientes que deben heredarlos ab intestato. (Leyes 5 y 12, tít. 16, Part. 6.) (Véase núm. 507.)

1605 En punto al testamento del estranjero no domiciliado, y las diferencias con que el domiciliado asi como el español natural puedan disponer de los bienes sitos en países ó provincias regidas por diversas legislaciones, tendrá presente el escribano lo espuesto en el núm. 1066 hasta el 1071 inclusive.

1606 Si el testador nombra heredero en su testamento, ó en su poder para testar, en esta forma: "quiero que sea mi heredero el sugeto ó persona cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un papel ó memoria que está en tal gaveta ó en poder de fulano, ó el que Pedro

tiene instituido en su testamento," y concurre á su testamento el competente número de testigos que oigan esta espresion, no se detendrá el escribano en autorizarlo; pues siendo arreglado, verificándose el nombramiento en el papel, y no dudándose de la fé de la memoria ó cédula privada, será válido; pero no si el testador habló de futuro, por ejemplo: "quiero que sea mi heredero el que yo escribiere de mi puño, ó el que Fulano instituyere." La razon de esta diferencia es porque en el segundo caso no se nombra persona cierta como en el primero. (Véase núm. 1124.)

|| Creemos oportuno advertir que por no haber ley espresa acerca de las últimas voluntades que se hacen con referencia á cédulas privadas, ora presentes ora futuras, toda esta materia está sujeta á opiniones encontradas; y la que al final del número anterior emite Febrero, es diametralmente opuesta á la de muchos y respetables autores, que tienen por válido el nombramiento de heredero con referencia á cédula ó codicilo futuro. ||

1607 Puede prohibir el testador que su testamento cerrado ó alguna parte de él se abra y publique hasta el dia que el mismo señala. (Leyes 5 y 6, tit. 2, Part. 6.) (Véase núm. 1571), y por consiguiente un mismo testamento puede ser en parte abierto y en parte cerrado. Suele ponerse esta prohibicion cuando el testador tiene algun hijo pupilo, ó fátuo, ó loco, y le instituye heredero, ó le deja algun legado nombrándole sustituto para el caso que fallezca en la edad pupilar ó sin recobrar su sano juicio; la prohibicion tiene por objeto el evitar que el sustituto maquine la muerte del hijo por la codicia de heredarle. (Ley 6, tit. 2, Part. 6.)

1608 La cláusula mencionada se ordena de la manera siguiente, en el acto mismo de otorgarse el testamento cerrado (véase número 1027): "mando que hasta tal dia de tal mes y año de ningun modo se abran ni publiquen tales hojas cosidas (ó cerradas, segun esten) dentro de este cuaderno; que se cumpla inviolablemente lo que dejó dispuesto en sus cláusulas, y que lo demas del mismo testamento se abra y publique con la solemnidad prescrita por derecho tan luego como yo fallezca; en cuya atencion encargo al señor juez que conociere de la apertura que no altere ni permita se tergiverse en todo ni en parte esta disposicion, porque asi conviene y es mi deliberada voluntad."

1609 Si el testamento es nuncupativo, se han de coser ó cerrar las hojas que el testador prohibe que se publiquen; y en lo que queda abierto se ha de espresar las que son, y cuántas cláusulas contienen, é imponer la prohibicion, todo con claridad; y si el testador puede escribirlas ó firmarlas, ha de declararlo así en ellas, que es lo mas seguro. En el otorgamiento es suficiente la solemnidad de cinco testigos no vecinos, ó tres que lo sean.

|| Tenemos por conveniente advertir que ni en el derecho romano ni en el nuestro patrio se pone jamas este caso respecto del testamento nuncupativo, como que en él no es necesaria la apertura; véase todo el título 2, Part. 6, y la misma ley 6, que habla especialmente de esto; á mas de que en el nuncupativo deben saberlo todo los testigos. Pero suponiendo cierta en esta parte la doctrina de Febrero, ¿cómo podrá conciliarse lo de los cinco testigos no vecinos con la ley 1, ti-

tulo 18, lib. 10, Novís. Recop., que requiere en ellos la dicha calidad de vecinos? ||

1610 Siendo cerrado el testamento se unirán igualmente las hojas, y el otorgamiento será el regular, añadiendo solamente la cláusula estendida en el número anterior.

1611 El testamento, como cosa y acto puramente estrajudicial, puede otorgarse de dia y de noche, asi como los contratos.

1612 Cuando el escribano tome la minuta ó razon de él para estenderlo ha de estar solo con el testador, sin permitir que otro alguno, aunque sea su confesor, se halle presente sin espreso mandato suyo, para evitar de esta suerte toda sugestion (especialmente si el testador está enfermo) y para que pueda esplayar y descargar libremente su conciencia; pues la esperiencia ha hecho ver que de lo contrario suelen otorgarse disposiciones violentas, injustas, desarregladas y perjudiciales, que son otros tantos semilleros de pleitos y discordias.

1613 Nadie pues ha de saber el contenido del testamento, si es abierto, hasta el acto mismo de otorgarse, y entonces únicamente los testigos, á menos que se agrave la enfermedad en términos que no dé tiempo para tomar la razon y estenderlo; pues en este caso podrán asistir aquellos á la toma de razon, y la firmarán, á fin de que, precedidas sus deposiciones, se reduzca á escritura pública y se declare por última voluntad del testador, como el hecho simplemente de palabra ó en cédula ante ellos sin escribano.

1614 Y aunque para evitar los gastos consiguientes á las diligencias judiciales necesarias para la tal declaracion puede el escribano estenderlo con arreglo á la minuta, leerlo luego ante los mismos testigos, y hacer que lo firme uno de ellos en el protocolo, por estar ya otorgado formalmente, quedándose con dicha minuta por lo que pueda ocurrir y por si se duda de su contenido; lo mas seguro es lo espuesto en el número anterior para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura y publicacion despues de estendido en los términos espuestos en el núm. 1043.

1615 Sin embargo de que el testamento sea nuncupativo, no puede el escribano en vida del testador manifestarlo á otro que á éste, ni revelar su contenido, aunque para ello se preteste que es instrumento público, pues se llama asi porque se otorga ante persona con autoridad pública y testigos, pero no es público mas que para estos; en cuya atencion tampoco debe dar copia ni testimonio de todo ni de parte de él á otro que al testador, y despues de su muerte solamente á los interesados de aquello que les competa (ley 103, tit. 18, Part. 3), en los términos prevenidos en el núm. 1590.

1616 El escribano debe preguntar indiferentemente al testador *á quién deja por su heredero*, sin nombrarle ni traerle á la memoria sugeto alguno ni hacerle señas; pues la pregunta ha de ser verbal, clara é indeterminada, para que de esta suerte se conozca que la respuesta es hija de su libre voluntad.

1617 Pero aunque el escribano ú otro cualquiera no sospechoso indique al testador el nombre del heredero preguntándole *si instituye por heredero á Julano*, con tal que el testador responda que sí, bastará, porque ya manifiesta su voluntad, y no confiere el nombramiento en

la de un tercero, como queda espuesto en el núm. 1122, y lo afirma Gomez. (Ley 3 de Toro, núms. 110 y siguientes.) Sin embargo de esto, lo mejor es que no se haga tal indicacion, porque no se atribuya á pasion ó interés, de que el escribano debe estar enteramente desnudo, no haciendo propios los negocios agenos en ningun caso ni con ningun pretesto, porque su oficio es y debe ser absolutamente imparcial.

1618 Si el escribano es llamado para hacer el testamento del que está convulso y tiene trabada la lengua, de suerte que aunque hable es lo mismo que si no hablara nada porque no se le entiende, ó del que ha perdido enteramente el habla, no debe autorizar semejantes disposiciones, porque es preciso que el testador manifieste su voluntad con palabras perceptibles, y no bastan señas aunque responda haciéndolas con la cabeza (ley 19, vers. *Si enim.* cod. *de Testam.*, Gomez, en la ley 3 de Toro, núm. 110); bien que segun algunos son suficientes las señas indicadas; mas no debe seguirse tal opinion por ser contraria á derecho. (Véanse los núms. 1121 y 1122.)

1619 Pero con tal que se entienda lo que habla el testador, podrá otorgar testamento, aunque esté tardo en la pronunciacion; y tambien cuando sabe leer y escribir, y escribe por sí mismo el testamento, segun se ha sentado en el núm. 1053: lo mismo debe decirse de los codicilos.

1620 Se dijo en el núm. 1050 que el loco puede testar durante sus lúcidos intervalos; y para evitar dudas y controversias sobre si lo hace ó no dentro de ellos, dirá el escribano á algun hijo ó pariente de él, que acuda al juez esponiendo la enfermedad del paciente, pero que algunas veces está en su acuerdo, y pretendiendo que dé facultad al escribano para que del mejor modo posible esplore su voluntad, con asistencia de médico y cirujano, que préviamente declaren con juramento si se halla ó no capaz, y que estándolo, ordene su testamento ante ellos y el competente número de testigos; de todo lo que se ponga el correspondiente testimonio.

2621 Obtenida en el caso anterior la facultad judicial, declararán conforme á ley el médico y cirujano, si el paciente está ó no en su juicio, y constando estarlo y pareciendo lo mismo al escribano, y no de otra suerte (pues para dar fé no se ha de fiar de lo que otros dicen sino de lo que vea y advierta por sí mismo), á presencia suya y de los testigos prevenidos por ley ó mas, preguntará al testador todo lo concerniente á su última disposicion, con particularidad al nombramiento de heredero y otras cosas, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas ó no vengan al caso, para mejor cerciorarse de la sanidad de razon del paciente, y del juicio y firmeza de su voluntad, y practicará todo lo que le dicte su prudencia y conduzca á evitar dudas, portándose con la mayor madurez, imparcialidad y reflecsion, sin dejarse llevar de pasion, interés ó ira, estendiendo lo que le responda, habiendo puesto las declaraciones del médico y cirujano á continuacion de la providencia judicial, y no pasará á estender una cláusula sin que antes satisfaga á la anterior. Sabiendo y pudiendo firmar el testador, hará el escribano que firme el testamento con todos los concurrentes que supieren; luego lo autorizará, y evacuado todo, se presenta al juez á fin de que lo apruebe para

su mayor validacion, precediendo el ecsámen de todos los circunstantes al acto.

‖ Respetando al Febrero como se merece, y mas particularmente en todo lo relativo á práctica, hallamos algo de chocante en el caso y método del número anterior. El nombramiento de peritos hecho por el juez, parece bastante para cubrir la responsabilidad del escribano, cuya fé ó testimonio se refiere á las declaraciones de los mismos. Y si el juicio particular del escribano ha de ser el decisivo y prevalecer sobre las declaraciones de aquellos, ¿á que viene el nombrarlos? Aun nos place menos la controversia y preguntas y repreguntas capciosas que segun Febrero, han de mediar entre el testador y el escribano; y por último, no hallamos conforme á la naturaleza de las últimas voluntades, que viviendo el testador, se someta su testamento á la publicidad y solemnidad de la aprobacion judicial. Véase lo que á continuacion del número 1050 dijimos nosotros entre paréntesis, que es el único caso de duda racional propuesto en esta materia por los autores segun nuestros escasos conocimientos. ‖

1622 Si el testador se halla enfermo, y no habla ni entiende el idioma del escribano, hará éste que se llame al secretario de la interpretacion de lenguas, y que á presencia suya y de los testigos instrumentales ecsamine su voluntad, á cuyo efecto prevendrá el escribano á dicho secretario lo que ha de preguntar al testador, estenderá la pregunta, y á su continuacion la respuesta que el intérprete diere, espresando como éste dijo que le habia hecho aquella pregunta, y el testador dado aquella respuesta; y concluido todo con este órden, lo firmarán el testador, los testigos instrumentales y el intérprete, y luego lo autorizarà el escribano, quien no necesita juramentar al intérprete, porque como secretario del rey hace fé lo que certifique, aunque no puede autorizar testamentos ni contratos, sino es que tenga notaría de reinos; y asi es precisa la concurrencia del escribano.

1623 Si no hubiese secretario de la interpretacion hará el escribano que se busquen personas inteligentes y fidedignas, las juramentará, y practicará las diligencias espresadas en el número anterior; y si nadie entendiere al enfermo, habrá éste de morir sin testamento.

1624 Pero si el testador sabe y puede escribir, y entiende el idioma del escribano (mas no lo habla), hará éste que escriba por sí mismo su disposicion, á cuyo fin le prevendrá lo que puede y debe hacer y lo que le está prohibido, y luego la firmará con los testigos instrumentales, rubricando todos á mayor abundancia las hojas del protocolo; por que si fallece bajo esta disposicion, se traducirá para que se sepa y observe lo que deja ordenado. Si el escribano quiere corroborar mas esta disposicion, procurará que algun interesado pida al juez que mande á los testigos deponer lo que pasó ante ellos y reconocer sus firmas, y que á su consecuencia lo declare por testamento; pues aunque estos no pueden testificar de la voluntad del testador por no haberla entendido, sirven sus dichos para que no se alegue que despues de aquel acto ó en él se cometió fraude, y por lo tanto conviene que sepan escribir.

‖ El testamento ológrafo obviaría mejor à los inconvenientes de que se trata en los dos números anteriores: la legislacion francesa lo tiene admitido para todos los casos; las leyes 12 y 15, tit. 5, lib. 2 del

Fuero Juzgo lo admitian para casos parecidos á los propuestos por Febrero. ||

1625 Dos son las razones porque el escribano no puede autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero:

1.ª Porque el heredero y fideicomisario universal tienen prohibicion de ser testigos y de escribirse por herederos en el testamento segun el senado consulto Liboniano, y el escribano hace en él veces de dos testigos. (Véase la nota del núm. 111.)

2.ª Porque se requiere su aprobacion y autoridad por forma para su validacion.

|| "Por el senado consulto Liboniano se prescribió que ninguno, aun dictándolo el testador, pueda escribirse en testamento ageno alguna cosa, castigando al contraventor como falsario; de cuya prohibicion no se escusan ni el hijo en el testamento del padre, ni el marido en el de la muger, por no haber persona alguna que tenga contra sí iguales sospechas de fraudes y artificios. Y aunque en los diferentes cuerpos de que se compone nuestra legislacion, no hemos hallado ley que trascriba el senado consulto Liboniano, la práctica universal de nuestros tribunales superiores y la mas respetable del Consejo lo tiene recibido, juzgando por su tenor las causas á que se ciñe, bien sean sobre disposiciones profanas ó acerca de las pias, únicamente dispensadas de lo que son puras solemnidades, pero no de los defectos que padezca en sí la voluntad, como lo hemos visto ejecutoriado en el dicho Consejo." (Nota del reformador del Febrero, tomada del Sr. Elizondo en el tom. 3, núm. 3, pág. 80 de su *pract. univ. for.*) Nosotros advertimos de paso que no estamos conformes con Elizondo sobre que las disposiciones pias están dispensadas de las solemnidades, que llama puras, del testamento, porque no reconocemos testamentos privilegiados; ni tampoco en la absoluta nulidad del legado que uno escribe para sí mismo "aun dictándolo el testador," porque precisamente se halla esceptuado este caso cuando el testador hace mencion especial de que lo dictó. (Véase á Sala, tit. 10, lib. 48 de su Digesto Romano Hispano, y á Voet., tit. 8, lib. 34 del Dig., núm. 4, que se apoyan en ley romana espresa; y á ellas habrá de recurrirse cuando carecemos de pátrias en una materia que, á pesar de este vacío, ha sido adoptada por la práctica.)

1626 Pero puede el escribano autorizar su testamento cerrado ó nuncupativo por sí y ante sí, pues como trata de asunto propio á nadie daña.

1627 Tambien puede el escribano autorizar el testamento nuncupativo en que se le nombra por heredero, con tal que intervengan la solemnidad de testigos y demas requisitos prescritos por la ley para cuando no concurra escribano, y deponiendo luego los testigos del contenido del testamento, como si ante ellos solos lo formalizára en cédula; á cuyo efecto firmarán el protocolo y rubricarán sus hojas para que no se presuma suplantacion ó engaño.

(Esto no pasa de una opinion sin apoyo de ley espresa patria ni aun romana. Voet. (tít. 8, lib. 34 del Dig., n. 3), se inclina á la contraria.)

1628 Lo dicho en el número anterior sucede tambien con otro cualquier instrumento que sea contra el mismo escribano que lo auto-

riza, con tal que haga protocolo y observe la solemnidad y formalidad prefinidas por derecho; pues en él concurren dos personalidades, una pública y otra privada, y puede usar de ambas en un mismo acto, así como separadamente ó en distintos de cada una. (Parlad.; lib. 2, *Rer. quotid.*, cap. 10, núm. 23.)

1629 Se duda si es requisito preciso para la estabilidad del testamento ú de otra última disposicion, que el escribano dé fé del conocimiento del testador, ó que depongan de él dos de los testigos instrumentales, como lo es en los contratos, con arreglo á la ley 2, tít. 23, libro 10, Novís. Recop.

Unos autores dicen que por lo que pueda ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa si el testador es ó no el mismo que espresa ser, debe intervenir uno de dichos requisitos.

Otros, (y esta es la opinion mas fundada) sostienen que ninguno de ellos es preciso, porque el testamento no es contrato obligatorio del que pueda seguirse perjuicio á tercero, sino la manifestacion de una última voluntad que el testador puede revocar hasta su muerte. Verdad es que la ley 54, tít. 18, Part. 3, que trae la forma de ordenar los instrumentos, dice: "E deve ser muy acucioso (solícito) el escribano de trabajarse de conocer los omes á quien face las cartas, quien son, é de qué lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningun engaño."

1630 Es verdad tambien que la citada ley 2, tít. 23, lib. 10, Novísima Recopilacion, manda al escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato ó escritura, no lo haga, á menos de que presente dos testigos, que digan que las conocen, espresando de dónde son vecinos: pero esto debe entenderse en los contratos, y aun en ellos deben poner mayor diligencia los contrayentes por el perjuicio que puede seguírseles de ignorar con quién contraen, que el escribano, cuyo oficio ó funciones son autorizarlos y ordenarlos conforme á derecho para su mayor estabilidad, y ser un testigo público á fin de que los contrayentes no puedan retraerse; por lo que en diciendo, *que lo otorgaron así, y espresaron tener aquellos nombres y apellidos*, y dando fé de ello, parece que á nada mas estará obligado.

1631 Por tanto, si cuando el escribano y testigos no conocen á los otorgantes, se dá por contento aquel á cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, no se anula el instrumento aunque carezca de este requisito, ni de no contenerle se hará cargo al escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la ley; y sucediendo esto en los contratos, con mas razon debe proceder en los testamentos y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio á tercero. Ademas, seria cosa durísima que por no contener dichos requisitos fuese inútil el testamento, ó no pudiese el testador manifestar su voluntad ni descargar su conciencia.

|| En efecto la ley recopilada no habla de testamentos, y sí solo de contrato ó escritura; pero en lo que dice Febrero respecto de estas cuando la parte á cuyo favor se otorgan se dá por contenta del no conocimiento de la otra, aunque el raciocinio usado por aquel es ingenioso, tiene la prohibicion absoluta y literal de la ley "el escribano no la ha-

ga ni resciba;" y ya sabia el legislador que nadie tiene tanto interés como las partes en saber con quien contraen. ||

Corrobórase esta opinion con que si alguno de tales requisitos fuera esencial para la validacion de los testamentos y últimas voluntades, lo prevendrian las leyes recopiladas y de Partida que tratan de su solemnidad; y otras, como la 30, tit. 1, Part. 6, y la 2, tít. 30, lib. 1, Novísima Recopilacion, que hablan de los peregrinos y romeros, no les permitirian que testasen, ni podrian testar, porque en tierra estraña no son conocidos de nadie.

1632 Así pues, tenga entendido el escribano, que aunque no conozca al testador ni haya quien le conozca, no debe dejar de autorizar su testamento, porque es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia que el que muera intestado.

1633 Para poder dar fé de su conocimiento en contrato ó disposicion última, no es menester que sea de su lugar ni que le haya tratado desde niño; pues basta que le haya visto y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre y apellido que dice tener y que por tal es conocido.

TITULO XXII.

De las mandas.

1634 Nuestras leyes de Partida comprendieron en el nombre de *mandas* lo que las romanas bajo el de legado, y nuestros escritores suelen usar indistintamente de ambas voces. Nosotros los seguiremos en esta parte, y trataremos de ellas en este punto.

SECCION I.

Definicion y division de los legados.

1635 La manda ó legado es *una dádiva que el testador hace á alguno en última disposicion.* La persona á quien se deja el legado se llama *legatario.* (Ley 1, tít. 9, Part. 6.)

‖ Mucho han disputado los intérpretes del derecho romano acerca de la definicion del legado, y sus disputas han llegado tambien á nuestros comentaristas. Creemos ageno del objeto de esta obra presentar las razones alegadas en defensa de las distintas opiniones, y aunque hemos dado la que trae Febrero en el número 1.º, capítulo 6.º, libro 2 de su tercera parte, no queremos omitir la que generalmente se da por los que no quieren que el legado sea ni donacion ni especie de donacion, los cuales lo definen *porcion de los bienes hereditarios que el testador deja á alguno en su testamento ó codicilo, y que debe ser entregada por el heredero.* ‖

1636 Las mandas se dividen en forzosas y voluntarias, y estas en genéricas, específicas y de cantidad.

1637 Las *forzosas* son las que los testadores tienen obligacion de dejar en sus testamentos para la redencion de cristianos cautivos, conservacion de los santos lugares de Jerusalen, y para casar huérfanas. (Ley 7, tít. 3, lib. 10, Novis. Recop.)

1638 Los que otorgan testamento en esta corte ó en ocho leguas al contorno deben dejar tambien manda para sus hospitales generales. (Real órden de 11 de diciembre de 1750 y 17 de octubre de 1751 (1).

‖ No es necesario que espongamos lo dispuesto por diferentes Reales órdenes y decretos acerca de la recaudacion é inversion de las mandas forzosas; lo creemos ageno de nuestro propósito. Solo debemos advertir al escribano, que debe cuidar de que no se omitan en los testamentos

(1) Véase acerca de estas mandas el núm. 1086.

para no incurrir en las distintas penas establecidas contra los que fueren negligentes en advertirlo á los testadores. || (Instruccion de 30 de mayo de 1831.)

1639 Mandas *voluntarias* son las que dependen enteramente de la voluntad del testador, y las hace á favor de quien quiere, y del modo que le parece mas conveniente. De estas nos ocupamos finalmente en este título.

1640 Se llaman genéricas las mandas *que consisten en cosas que se cuentan, pesan y miden*, como trigo, aceite, dinero, ó *las de otras que se dejan con nombre apelativo ó comun*, como un caballo, una mula &c., sin espresar cuál.

1641 Específicas son las *que se designan con algun nombre particular ó con señales ciertas*, por ejemplo: una casa sita en tal parte, con tal número y linderos, ó un caballo de tal pelo, edad, altura, &c.

1642 De cantidad son las mandas *en que se deja un número determinado del género*, como tres caballos, dos mil reales, veinte fanegas de trigo, &c.

1643 Las demas divisiones de legados que se hacen generalmente, se reducen á los casos que pueden legarse, y por lo mismo trataremos de ellas en su correspondiente seccion.

SECCION II.

De las personas que pueden legar y ser legatarios.

1644 Puede legar el que puede testar, y ser legatario el que puede ser sustituido heredero, bastando que sea capaz al tiempo de la muerte del testador, aunque no lo sea al tiempo de hacerle el legado. (Ley 1, título 9, Part. 6.)

|| Para evitar repeticiones remitimos á nuestros lectores á los números en que se ha hablado de los que pueden testar y ser herederos. ||

SECCION III.

De los modos de constituirse las mandas.

1645 De varios modos pueden hacerse los legados; á saber, puramente, con condicion, á cierto dia, bajo de cierto modo, con alguna señal ó demostracion, con causa.

1646 Se entiende hecho puramente el legado cuando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, condicion, dia ni calidad que suspenda pedirlo ó entregarlo.

1647 Al que alega no haberse dejado puramente, incumbe la obligacion de probar la condicion, dia ó calidad puestos en él.

1648 Con condicion se puede hacer el legado diciendo: *lego á Pedro tal alhaja si hiciere esto, ó si sucediese tal cosa.* La palabra *sí*, indica la condicion.

|| De las clases de condiciones que pueden imponerse, y de cuanto á ellas tiene relacion hemos hablado en el núm. 1343 y siguientes. ||

1649 Poniendo el testador al legatario muchas condiciones juntas en forma copulativa, que se dirigen á diversos fines, debe cumplirlas todas para poder percibir el legado; por ejemplo: *mando á Pedro tal cosa si diere tanto á pobres, fuere en romería á tal santuario, é hiciere tal iglesia.*

1650 Si las pone disyuntiva ó separadamente, como *mando á Pedro tal cosa si diere tanto á pobres, ó fuere á tal romería*, basta que cumpla cualquiera de ellas para que perciba el legado. (Ley 13, tít. 9, Partida 6.)

1651 Cuando las condiciones están puestas copulativamente y se dirigen á un solo fin, basta tambien que se cumpla cualquiera de ellas para que se pueda pedir el legado; así si el testador dijese: *si Pedro muriese sin hijos y fuere presbítero, sea Juan su sustituto*, bastará que Pedro sea presbítero para que Juan pueda llevar el legado.

1652 Si el testador pone una condicion á muchos, basta que cualquiera de ellos la cumpla ó que se verifique en uno para que sea válido el legado. (Ley 13, tít. 9, Part. 6.)

1653 Dejando el testador muchos legados, unos con condicion y otros sin ella, los legatarios á quienes no se haya impuesto condicion, percibirán inmediatamente su legado, ó si fuere uno para todos, la parte que les corresponde; y aquellos á quienes se haya impuesto condicion no tomarán nada hasta que la cumplan, y si hubieran practicado las oportunas diligencias para cumplirla y no pudieran conseguirlo, recibirán su parte ó legado, porque se tiene por cumplida. (Leyes 12 y 14 título 14, Part. 6.)

1654 Regularmente hablando, debe el legatario cumplir la condicion posible que le impuso el testador segun espresó éste, pues no basta que la cumpla de otra suerte ni de un modo equivalente.

1655 Se dice legado á dia cuando el testador lo deja, sea de cantidad, sea de cosa ó cantidad, señalando el dia ó tiempo en que se ha de entregar ó se puede pedir. En este legado si el dia es cierto v. g. *mando á Pedro cien ducados para la prócsima Navidad*, puede el heredero pagarlo antes que venga el dia ó tiempo prefinido, porque es preciso que llegue.

|| Febrero fundado en la ley 34, tít. 9, Part. 6, dice que en este legado nace la accion de pedirlo y la obligacion de pagarlo antes que llegue el dia, y que se trasfiere su dominio en el legatario y en sus herederos despues de muerto el testador, aunque el legatario fallezca antes que el heredero acepte la herencia. En estas pocas palabras incurrió Febrero en dos crasos errores, como nota perfectamente su reformador. El primero es decir que, en el ejemplo que propone, nace la accion de pedir el legado y la obligacion de pagarlo antes que llegue el dia. Si hubiese dicho que antes del dia nacia la accion á pedirlo y la obligacion á pagarlo para cuando llegase, habria dicho lo mas que en este punto puede decirse con fundamento y verdad; pero Febrero avanza mas de lo que avanzó el derecho romano, segun el cual aunque el dia cierto no impedia que se debiese antes de él lo prometido y legado, servia de óbice para que no se pudiese pedir. El segundo error es afirmar que el dominio de lo legado á dia cierto se trasfiere despues de muerto el testador y antes que aquel llegue en el le-

gatario y sus herederos. Febrero habla en su ejemplo de cierta cantidad de dinero, y esta nunca puede adquirirse sin la percepcion; mas aun cuando el legado fuese específico, no podria pasar su dominio al legatario antes de llegar el dia; pues sería un absurdo que pasase á otro el dominio de una cosa antes del tiempo en que quiso trasferirlo su dueño, y aun antes del tiempo en que aquel pensó adquirirlo. De otra manera tendria mas virtud y eficacia de la que su autor quiso tuviese. La ley de Partida que cita Febrero, no prueba nada de lo que afirma. Hé aqui las palabras de ella que hacen al propósito: *E aun decimos, que luego que el testador es muerto, pasa el señorío de la cosa que es assí mandada, á aquel á quien es fecha la manda. E magüer (aunque) muera en ante que el heredero del testador entre la heredad, ó en ante que él entre la posesion de aquella cosa que le fué mandada; por todo eso, heredará aquella manda el su heredero, que oviere derecho de heredar los otros sus bienes, de aquel á quien fué fecha. E esto sería si la manda fuese de tal manera, que fuese fecha puramente ó á tiempo cierto; mas si fuese fecha so condicion, non sería así.* Cuando dice la ley que el dominio de lo legado pasa al legatario luego que muere el testador, habla en general de las mandas; y cuando hace mencion de la hecha á cierto dia, es para decir que se trasmite al heredero del legatario aun cuando este fallezca antes de percibir la manda ó de posesionarse el heredero de la herencia, sin embargo de que lo contrario sucede en el legado condicional. ||

1656 Si el dia que se deja el legado es incierto, como cuando dice el testador: mando á Pedro cien pesos para cuando cumpla 25 años, ó para cuando su hermano tenga 20; en atencion á que puede no llegar se tiene por condicion, y debe observarse en este legado lo que en el condicional, que es preciso para percibirlo que se cumpla la condicion. (Ley 31, tít. 9, Part. 6.)

1657 Cuando al menor se deja algun legado para el tiempo en que cumpla la mayor edad ó pueda administrar sus bienes, se entiende para cuando tenga 25 años, aunque impetre la venia para su administracion.

1658 Pueden hacerse tambien los legados bajo de cierto modo, por lo que se llaman *modales*, como cuando el testador lega á uno alguna cosa ó cantidad para que dé ó haga algo.

1659 La virtud de este modo de legar es que el legatario no pueda pedir el legado ni se le deba entregar antes de cumplir el modo con que se le hizo, sin dar caucion ó fianza, y seguridad de cumplirlo, (Ley 21, tít. 9, Part. 6.)

1660 No se podrá entregar el legado hecho bajo de cierto modo, aunque el legatario dé fianza de cumplirlo, cuando el testador quiso que lo cumpliese antes de la entrega.

1661 Cuando el testador se esplica con palabras que pueden aludir al modo ó á la condicion, mas bien se ha de creer el primero que la segunda; pues serán modo, y no condicion, porque mas se atiende á su mente y voluntad que á las palabras con que la declara.

1662 Cumpliendo el legatario el precepto del testador, adquiere dominio irrrevocable en la cosa legada; pero antes de cumplirlo, aunque dé fianza, solamente se le trasfiere el revocable, de suerte que si

no lo cumple, debe restituirla con frutos. (Ley 21, tít. 9, Part. 6.)

1663 El legado hecho bajo de este modo se trasmite á los herederos del legatario, por lo que asi como este puede conseguirlo cumpliéndolo, asi tambien á aquellos igualmente se les trasmite la facultad de dar la caucion de cumplirlo.

1664 Se hacen tambien los legados con demostracion; esto es, con alguna señal ó algun aditamento que designe la cosa legada; en cuyo caso si la demostracion es verdadera vale el legado, y generalmente hablando, tambien si es falsa: v. g. *Lego á Pedro tal cosa que compré á Juan, ó que me donaron*, pues aunque no fuere comprada ni donada, sino adquirida de otra suerte, es válido el legado.

|| La regla de que la demostracion falsa tocante á la cosa legada no vicia la manda, puede padecer muchas escepciones, sino por causa de la demostracion misma, por razon de algun otro aditamento ó de alguna otra circunstancia; y asi en todo legado hecho con dicha demostracion debe ecsaminarse atentamente la voluntad del testador, que habrá de observarse. || (*Nota del reformador de Febrero.*)

1665 En órden al error que pueda padecerse en el nombre del legatario ó de la cosa legada, acerca de lo cual no habla Febrero, no será fuera de propósito insertar en este lugar las leyes 9 y 28, tít. 9, Partida 6, que tratan de dicho error.

Ley 9. "La persona de aquel à quien es fecha la manda, debe ser »puesta é nombrada ciertamente de guisa (de manera) que puedan saber cual es, ó por su nome, ó por otras señales, ca si cierta non fuese, »non valdria la manda. E esto seria como si el testador oviesse dos »amigos, que oviesse el uno nome assi como el otro, é dixesse assi: »mando á Fulano, mio amigo, tantos maravedís ó tal cosa; é non dijese »el sobre nome de aquel á quien lo mandaba. Ca pues que non se puede saber ciertamente cual de aquellos amigos quisiera el testador que »oviesse aquella manda, por ende non vale, nin es el heredero tenudo »de la cumplir. Pero si fuere cierta la persona de aquel á quien fuese »mandada, magüer errase el testador en el nome, ó el sobrenome de »aquel á quien la ficiese, non empece tal yerro, nin se embarga por »ende la demanda.

Ley 28. "De legatis tertio en latin, tanto quiere decir en romance, como una razon que es escrita en el derecho, que muestra por qué »palabras pueden ser dejadas las mandas. E decimos, que por todas palabras que hayan entendimiento, que sean guissadas, é convenibles »para espaladinar las cosas que el facedor del testamento quiere mandar á otri, pueden ser otorgadas, é puestas las mandas en los testamentos, ó en el codicilo que alguno ficiere: ca si de otra guissa las dijese, non valdria la manda, é esto seria como si el testador oviesse »voluntad de mandar oro á alguno, é dixesse que le mandaba laton, creyendo que el oro habia tal nome; ca estonce non valdria tal »manda, magüer aquel á quien fuese fecha, quissiese probar, que su »intencion del testador era mandarle oro, é non laton. E esso mismo »decimos que seria en todas las otras cosas que han nomes generales, »en que acuerdan los omes comunalmente en cada tierra en nombrarlas: asi como plata, ó vino, ó pan, ó paños, ó vestiduras, é todas las »otras cosas semejantes de estas. Ca en cualquier de estas cosas so-

»bre dichas, si el testador errase el nome de la cosa que mandase, »diciendo otro nome, é non el suyo, cuidando que aquel que él decia, »era su nome, non valdria la manda. Pero en las cosas que han nomes »señalados, asi como son los omes, non seria ansi. Ca magüer el tes- »tador errase en el nome de algun ome, diciendo otro nome, é non el »suyo, cuidando que aquel era su nome que él le decia, valdria la »manda, é non se embargaria por tal yerro, si fuese probado que su »entencion era del testador, que aquella persona que nombró, oviesse »tal manda. Otrosí decimos, que cuando los facedores de los testamen- »tos usan tales palabras en las mandas, diciendo: "mando é quiero »que Fulano aya tal cosa, ó pláceme, ó tengo por bien que la haya: »ó dice al heredero, creo que tu darás tal cosa á Fulano, ó déjolo en »la tu fé, que lo cumplas; ó dice el testador; quiero que el mio here- »dero faga tal cosa. Ca usando el testador cualquier de estas palabras »sobre dichas cuando ficiesse la manda, ó otras semejantes de ellas, »porque pueda ser entendida la voluntad dél, valdria la manda, que »assi fuesse fecha."

|| Nos ha parecído conveniente insertar íntegras las leyes de Partida como lo hizo el reformador de Febrero, porque cuantas esplicaciones acerca de la materia pudíeran darse, nunca la pondrian tan de manifiesto como las palabras de las mismas.

Podriamos acaso añadir algunas razones tomadas de las leyes romanas y sus espositores, que á nada conducirian. Cualquiera que guste ver estensamente las doctrinas de los jurisconsultos romanos, puede hacerlo en los Comentarios de Vinnio á los párrafos 29 y 30 de las instituciones de Justiniano. ||

1666 Pueden los legados ser causales ó hacerse con causa, como si el testador díce: lego á Pedro tanta cantidad ó tal alhaja por haberme hecho tal obsequio: en cuyo caso vale el legado aunque no le hubiere hecho el obsequio. (Ley 20, tít. 9, Part. 6.)

|| Las mismas razones que se han dado para manifestar cuando no vicia la manda el error en el nombre del legatario y la falsa demostracion, tienen lugar en la causa falsa. La ley de Partida citada es igual al derecho de los romanos, por lo cual creemos que si la causa fuese condicional, como si en lugar de decir *por haberme hecho tal obsequio*, dijese el testador *sí me hizo tal obsequio*, no valdria el legado si fuese falsa. ||

SECCION IV.

De las cosas que se pueden legar.

1667 Pueden legarse las cosas propias del testador, las agenas, los créditos, las deudas, los derechos, acciones y servidumbres, la eleccion de dos ó mas cosas á uno ó muchos legatarios, y los alimentos.

1668 De las distintas cosas legadas se hacen las divisiones siguientes; manda de cosa propia y agena, manda de crédito, de deliberacion y deuda, y manda de opcion ó eleccion.

SECCION V.

De las mandas de cosa propia y agena.

1669 El testador puede dejar en mandas hasta la parte de bienes de que puede disponer libremente, si tiene herederos forzosos; y si no los tuviere, puede distribuir en legados todos los que posee. (Ley 1, título 18, lib. 10, Novísima Recop.)

1670 Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie ó género, y espresando la cualidad ó lo accesorio que solamente se halla en alguna de ellas, como cuando dice: *lego todos mis caballos con sus aderezos, todos mis anillos con sus piedras, todos mis fundos con sus aperos*, aunque parezca que únicamente corresponderán al legatario los que tengan lo accesorio ó la cualidad especificada por el testador, deberá llevar todos los de aquel género ó especie, ténganlos todos, ó unos sí y otros no, porque la cualidad se pone para declarar que ha de darse tambien al legatario la cosa principal á que está aneja, y no para que se le entregue solamente la cosa en que se halla.

1671 Pero si el testador dijese espresamente, *lego mis anillos que tienen piedras, mis caballos que tienen jaeces, &c.* se entienden legadas únicamente aquellas cosas que tienen la cualidad ó lo accesorio.

1672 Cuando se lega á uno tanto cuanto perciba ó perciban los herederos instituidos, llevará el legatario la mitad de la herencia y el heredero ó herederos la otra mitad: y si lega tanto cuanto corresponde á uno de sus herederos, se le debe solamente la menor parte en que uno de estos sea instituido, pues en duda se entienden gravados en lo menos que sea posible.

1673 Si el testador dice: *lego mis vestidos ó mi plata, mis caballos, ganados, &c.* se entiende legar los que tiene cuando hace el legado, y no los que adquiera posteriormente, pues se circunscribe su voluntad al tiempo en que testa; pero lo mas conveniente será que el escribano le advierta para evitar dudas que diga con especificacion si han de ser los que tiene entonces, ó los que tenga al tiempo de su muerte.

1674 Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo, deberá su heredero entregárselas ambas, no probando éste la contraria voluntad del testador. (Ley 45, tit. 9, Part. 6.)

1675 Tambien valdrán dos legados de una misma cantidad, si el uno ha sido hecho con juramento y el otro bajo de condicion; pues se conoce que el testador quiso multiplicar el legado con añadir nueva y distinta cualidad, escepto que de su mente se infiera lo contrario; por manera, que siempre que el testador varia el modo de dejar la manda á un mismo sugeto, sea en la cantidad, calidad, condicion, lugar, tiempo ó causa, es visto que quiera multiplicarla.

1676 Si el testador lega à uno un fundo determinado ú otra cosa específica y à otro cierta cantidad de dinero, y solamente se encuentra en su herencia el fundo ó cosa legada, ni serà preferido el legatario de ésta porque en él se considere mas derecho por razon del do-

minio de ella, que se le transfirió con la muerte del testador, ni el nombrado primero por creerse mas querido del testador, sino la dividirán á prorata de lo que la misma cosa y la cantidad legada importen; pues la voluntad del testador, que quiso beneficiar à ambos legatarios, se debe cumplir en todo lo posible.

1677 Aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa determinada à un legatario en un testamento, no està obligado su heredero à dàrsela ni su estimacion mas que una vez. Lo mismo procede, si le lega cosa que consiste en número, peso y medida, pues tampoco se entiende multiplicado el legado; y asi solo llevarà una cantidad, à menos que pruebe haber querido que fueren dos legados y que percibiese ambas cantidades. (Ley 45, tit. 9, Part. 6.)

1678 Ademas de las cosas suyas ecsistentes puede legar el testador las cosas que no han nacido ni ecsisten, como hijos de ganados, frutos de tierra, àrboles y demas, con tal que se espresen su nacimiento y ecsistencia. (Ley 12, tit. 9 Part. 6.)

1679 El legado de estas cosas se puede llamar condicional en cuanto á la disposicion, obligacion y accion, porque ésta no compete antes que aquellas nazcan; pero no es condicional para el efecto de impedir la trasmision de lo legado.

1680 Siendo del testador la cosa legada, si la dejó condicionalmente ó á cierto dia, y durante su vida la compró ó adquirió de su heredero el legatario, con ignorancia ó ciencia, pendiente el dia ó la condicion, puede pedir tambien su valor luego que llegue el dia ó se cumpla la condicion; y habiéndose legado puramente, si el legatario durante la vida del testador ó despues de ella la compra ó adquiere ignorantemente del heredero, tiene derecho á su estimacion, mas no si la compra con ciencia cierta de estarle legada, por creerse que renunció la manda.

1681 Puede el testador no solamente legar sus bienes, sino tambien los del heredero, sepa ó no que pertenecen á éste. (Ley 10, tít. 9, Part. 6.)

1682 Tambien puede legar la cosa agena si al tiempo de hacerlo sabe que lo es, y así lo prueba el legatario; pero si ignora que es agena no vale el legado. (Ley 10, tít. 9, Part. 6.)

1683 Se esceptúa el legado hecho á la muger, á un pariente, amigo ó criado del testador, que valdrá aunque sea de cosa agena y él lo ignorase. (Dicha ley 10.)

1684 Comprando el legatario ó adquiriendo por otro título en vida del testador ó despues de muerto la cosa agena que este le legó, sea del verdadero dueño ó de un tercero, sea con ignorancia ó ciencia de que se la habia legado y era agena, no pierde la manda, y asi puede pedir su estimacion, háyasele dejado pura ó condicionalmente. Mas si la compra á su heredero, no podrá ecsigir su valor, porque es visto renunciar el legado.

SECCION VI.

De los legados de crédito, liberacion y deuda.

1685 Llámase legado de crédito aquel en que el testador deja al

legatario lo que le debe un tercero. Puede por lo mismo el testador mandar los derechos y acciones que le competen contra algunos, y las servidumbres de casas y fundos agenos. (Ley 15, tít. 9, Part. 6.)

1686 Legado de liberacion es aquel por el cual el testador libra á sus deudores de lo que le deben.

1687 El legado de liberacion no solo aprovecha á los deudores y sus herederos, sino tambien á sus fiadores; aunque por el contrario haciéndolo á estos, no aprovecha á ninguno de los demas.

1688 De cuatro maneras puede hacerse el legado de liberacion:

1.ª Espresamente.

2.ª Diciendo el testador: *lego á Juan mi deudor lo que me debe.*

3.ª Diciendo: *mando ó gravo á mi heredero á que no pida á Pedro lo que me debe.*

4.ª Legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que formalizó para la seguridad de la deuda.

1689 Puede asimismo el testador legar á su deudor la alhaja ó prenda que éste le habia entregado y tenia en su poder para seguridad del débito. (Ley 16, tít. 9, Part. 6.)

1690 Por el legado de la alhaja ó prenda no se cree legada la deuda, á menos que no sea otra la voluntad del testador, la cual por no presumirse deberá probar el legatario. (Dicha ley 16.)

1691 Se dice legado de deuda aquel en que el testador lega lo que debe al legatario: la utilidad que resulta de este legado es que se debe inmediatamente lo que se debia desde cierto dia, que se hace líquida la deuda que antes no lo era, que se adquiera hipoteca en los bienes del testador, y que se considere cumplida la condicion.

1692 Si suponiendo el testador estar debiendo á alguno cierta cantidad se la legase, aunque fuere incierto, se entiende haberse convertido en legado, y que su ánimo fué legàrsela, para lo cual supuso que se la debia. (Ley 19, tít. 9, Part. 6.)

1693 Al legado de deuda puede reducirse tambien el que hace el testador de lo que tiene empeñado ú obligado por menos de lo que vale, y tambien si estuviese empeñada la cosa por el tanto, ó mas de su valor, supiese ó no el testador que al tiempo de legarla estaba empeñada. (Ley 11, tít. 9, Part. 6.)

SECCION VII.

De la manda de eleccion.

1694 Legado de eleccion es aquel por el cual el testador quiere que el legatario elija entre muchas cosas de un mismo género la que mejor le pareciere.

1695 Dejando el testador á un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige una, no puede arrepentirse y tomar despues la otra, porque no se le permite; y si deja la eleccion al arbitrio de un tercero y no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario pasado que sea. (Ley 25, tít. 9, Part, 6.)

1696 Si despues de haber elegido se le quitare en juicio la que

eligió por ser agena, podrá pedir y tomar la otra como sino hubiera hecho la eleccion. (Dicha ley 25.)

1697 Cuando el testador deja á dos juntos ó separadamente una de sus cosas, diciendo que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes, y ha de elegir aquel á quien toque, el cual está obligado á pagar al otro la parte que le corresponde del valor de la cosa. (Ley 26, tít. 9, Part. 6.)

1698 Dejándose el legado de eleccion á uno, si este muriese sin haberla hecho, lo verificarán sus herederos, y si discordasen, corresponde elegir al que le toque por suerte. (Dicha ley 26.)

En los legados genéricos aunque no pertenecen estrictamente á los de eleccion, suele haberla por no saberse cual ha sido la voluntad del testador, y en ellos debe observarse lo siguiente:

Si el testador teniendo muchas cosas de una especie legó una de ellas á un sugeto y otra á otro sin distinguir, toca la eleccion al legatario nombrado primero, porque del hecho de nombrarle antes se infiere que le tenia mayor afecto.

1699 Si fué uno solo el legatario, escojerá él otro las que hubiere, pero no la mejor. (Ley 23, tít. 9, Part. 6.)

SECCION VIII.

Del legado de alimentos.

1700 Aunque el testador no mande cosa determinada á alguno, puede gravar á su heredero con la obligacion de darle alimentos por cierto tiempo ó indeterminadamente.

1701 Cuando se legan los alimentos á los menores hasta la pubertad, ha de ampliarse esta en los varones hasta los diez y ocho años y en las hembras hasta los catorce, ya por piedad, y ya porque hasta dicha edad no pueden adquirir regularmente con su industria lo necesario para vivir, escepto que el testador prefina hasta cuando se les ha de contribuir con ellos.

1702 No señalando tiempo el testador, se les han de dar por toda su vida.

1703 La cantidad que en todos casos se les ha de dar ha de ser la que les daba al tiempo que falleció, si cuando vivia los alimentaba y no la consigna, y si en vida variaba, dándoles unas veces mas y otras menos, ha de dárseles lo que al mas cercano de su muerte solia darles.

1704 Por alimentos se entienden la comida, el vestido, calzado y la habitacion, no la enseñanza, sino es que el testador la esprese; por lo que si éste deja alimentos á alguno ó lo necesario para vivir, se comprende en ellos lo dicho. (Ley 2, tít. 19, Part. 4)

1705 Si el testador lega á alguno los alimentos diarios, se le debe dar únicamente la comida, y para hacer una regulacion prudente cuando se han legado simplemente sin señalamiento de cuota, ni consta cuanto daba el testador al legatario ó á otros de su condicion, se ha de atender á esta, y á las facultades y rentas de los bienes de aquel. (Ley 24, tít. 9, Part. 6.)

SECCION IX.

De las cosas que no se pueden legar.

1706 No puede el testador legar:

1.º Las cosas sagradas, ni los bienes pertenecientes á las iglesias.

2.º Lo que es propio de los reyes, sin su real permiso.

3.º Las cosas comunes de las ciudades, villas y lugares, como las plazas, ejidos y otros.

4.º Los mármoles, pilas, puertas y demas cosas puestas en los edificios para su adorno y seguridad: y si las dona no vale el legado. (Ley 13, tít. 9, Part. 6.)

1707 Tampoco vale la manda de cosa, que aunque puede ser legada cuando se manda, muda despues de estado ó condicion, como lo laical que pasa luego al poder de la iglesia sin culpa del heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo, ni su valor. (Dicha ley 13.)

1708 Asimismo no puede legar el testador castillo, villa, aldéa ni heredamiento que el rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, al que es inepto para hacerlo; pero si sabiendo su ineptitud le lega el heredamiento, debe su heredero darle su estimacion, y si ignora si es ó no idóneo, nada debe entregarle. (Ley 14, tít. 19, Part. 6.)

SECCION X.

De la revocacion de los legados.

1709 Como la voluntad del testador es variable hasta la muerte, puede revocar siempre que quiera los legados, espresa ó tácitamente.

1710 Será *espresamente*:

1.º Cuando en la misma disposicion ó en otra posterior dice que los revoca. (Ley 39, tít. 9, Part. 6.)

2.º Cuando revoca la disposicion en todo, ó solo en cuanto á los legados. (La misma ley.)

3.º Cuando la cancela por sí propio, ó manda á otro que la cancele. (Dicha ley 39.) Segun la ley citada no tendrá lugar la revocacion, si otro sin órden del otorgante cancela la disposicion.

1711 Serán *tácitamente* revocados los legados cuando se presume ó infiere de la mente del que los hizo, ó de algun hecho del mismo.

1712 Por tanto se consideran revocados:

1.º Cuando despues de hechos se originó enemistad capital entre el testador y el legatario; aunque si luego se reconciliaren, convalecen por la tácita voluntad del primero.

2.º Cuando la cosa legada se pierde ó muere despues sin culpa del heredero ni negligencia en su custodia; y dudándose si se perdió por su culpa ó si se escondió con su noticia, debe dar seguridad de que hallada que sea la entregará. Se entiende haber tenido culpa cuando no la guardó ni hizo guardar como sus mismas cosas, ó tardó de intento en

entregarla ó tuvo en esto negligencia, pues entonces perece por su culpa. (Ley 41, tít. 9, Part. 6.)

3.º Cuando por contrato lucrativo, como donacion, enagenó del todo el testador la cosa legada. (Ley 17, tít. 9, Part. 6.)

4.º Cuando la enagenó por contrato oneroso sin necesidad y por mera voluntad. (Ley 40, tít. 9, Part. 6.)

5.º Muriendo el legatario antes que el testador. (Ley 35, tít. 9, Part. 6.)

6.º Si la cosa legada se convirtiese en una nueva especie, por ejemplo, si habiéndose legado lana, madera ó cosa semejante, se hace despues paño, casa ó nave; porque dejan de ser lo que eran, y se transforman en otras cosas. (Ley 42, tít. 9, Part. 6.)

7.º En el caso especial de la citada ley 42, en la cual se establece, que si el testador legare una carreta ó carro, que tiene su mula para tirar de él, se entiende revocado el legado si se muere la mula, á no ser que el testador en vida ponga otra en su lugar, pues entonces subsiste y queda firme por la subrogacion de esta en aquella.

|| Acerca de lo dispuesto en la citada ley 42 hace el reformador de Febrero la observacion de que los compositores de las Partidas se dejaron arrastrar demasiado de las sutilezas del derecho romano, y no reflecsionaron sobre la voluntad del testador. Si este quiso favorecer al legatario con un carro y la bestia destinada para él, tambien querria favorecerle con el carro solo: si no puede cumplirse en un todo su voluntad, cúmplase al menos en la parte que sea posible. Nada importa que no se pueda hacer uso del carro sin una bestia que tire de él, ni que por esta causa haya mudanza sustancial ó notable en el legado, pues lo que hace al caso es que el carro por sí solo tiene su valor; que si el legatario lo enagena percibirá su estimacion; y que si lo conserva por necesitarlo para sus propios usos, no tendrá que desembolsar el precio de otro. Si se lega una casa y despues se quema ó arruina, se debe el solar al legatario; y por mas que han sutilizado los intérpretes, ciegos admiradores de la jurisprudencia romana, solo se encontrarán entre ambos casos vanas razones de diferencia. Véase al docto magistrado Mora y Jarava en el capítulo 3.º, párrafo 9 de su obra titulada *Los errores del derecho civil*, donde impugna sólidamente como injusta y contraria á la mente del testador la resolucion del jurisconsulto Paulo, en la ley 49 *de legatis*, que dice, que *muerto el buey legado, no se deben ni su cuero ni su carne.* ||

8.º Se revoca el legado cuando despues de hecho empeña ó hipoteca el testador la cosa legada por tanto como vale, y no hay esperanzas de redimirla ó pagarla.

1713 Pero no se entiende revocado en el caso de que la cosa legada pueda redimirse ó pagarse.

1714 Tampoco se revoca cuando se legó la cosa y su valor; pues aunque despues se enagene, se debe al legatario su estimacion.

1715 Igualmente no se revoca el legado en el caso de haberse enagenado la cosa y no haberse entregado, por no haber perdido el testador su dominio.

1716 Tampoco pueden repetir el testador ni sus herederos los legados que pagaron, valiéndose del pretesto de haber sido hechos en tes-

tamento imperfecto por razon de solemnidad y de ignorar esta escepcion que les favorecía; à menos que sean soldados, mugeres, menores ó labradores rústicos, pues á estos sufragarán dichas escusas. (Ley 31, tít. 14, Part. 5.)

SECCION XI.

De la aceptacion de las mandas.

1717 Así como el testador tiene libertad para hacer ó dejar de hacer las mandas, y para revocarlas si le pareciere oportuno, del mismo modo la tiene el legatario para admitirlas ó no. Hay sin embargo algunos casos en que puede aceptarlas en una parte y repudiarlas en otra, y otros en que ó ha de admitir el todo ó no ha de aceptar nada.

1718 Podrá el legatario aceptar una parte de las mandas y repudiar otra en los casos siguientes:

1.º Cuando el testador hace el legado por partes en diversas cláusulas y oraciones; porque considerándose en este caso que hay muchos legados, se permite al legatario que acepte el que quiera y repudie el que no le acomode.

2.º Cuando se legan muchas cosas determinadas en una cláusula. (Ley 36, tít. 9, Part. 6.)

3.º Si el legatario muere sin haber aceptado ni repudiado el legado y deja muchos herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar sus partes, aunque los otros no quieran las suyas, sea la manda de una cosa absolutamente sola ó de cosa que comprenda muchas; porque el legado y su obligacion y accion se dividen proporcionalmente entre ellos: y asi, podrá cada uno aceptar ó repudiar su parte, porque acepta ó repudia todo lo que le toca. (Ley 36 citada.) Pero ninguno de los herederos del legatario podrá admitir ó rehusar parte de la que le corresponda.

4.º Si uno de dos legatarios sucede al otro, puede aceptar la parte que le corresponde, y repudiar la perteneciente á su colegatario.

1719 Debe admitir el legatario la manda en todo sin que pueda admitirla en parte:

1.º Siempre que el testador hizo el legado en una cláusula ú oracion, aun cuando sea, por ejemplo, de una cabaña ó cosa en que se comprendan otras muchas, porque se estiman un solo cuerpo ó legado. (Dicha ley 36.)

2.º Si el legado comprende dos cosas, la una con gravámen y la otra sin el.

SECCION XII.

De las obligaciones del heredero con respecto al legatario, y derechos de éste en la cosa legada.

1720 Segun las distintas clases de mandas, son diversas las obligaciones del heredero con respecto al legatario, y distintos los derechos de éste en la cosa legada. Para mayor inteligencia de esta seccion segui-

remos el mismo órden que hemos adoptado en las anteriores, en que hemos clasificado los legados.

1721 En el legado de cosa específica propia del testador, no solo debe el heredero entregar al legatario lo que simplemente se le legó, sino tambien todo lo que le pertenece, y el incremento que tuvo desde que le fué legada hasta el dia en que se la entregue, como lo dispone la ley 37, tit. 9, Part 6, que dice. *Entregar debe el heredero á aquel á quien fué fecha la manda la cosa que el testador le mandó con todo lo ál que le perteneciesse á aquella cosa mandada. E esto seria como si le mandase un solar, é despues que gelo oviesse mandado ficiese el testador casa ú otro edificio en él: ca estonce aquel á quien fue fecha tal manda, debe haber tambien la casa como el solar. E esso mesmo decimos que seria si le ficiesse manda de un campo, é despues se acreciesse alguna cosa por avenidas de rios que le corriessen de cerca, ó se ayuntasen á él otras cosas asi como árboles, ó fuesse y* (alli) *puesta viña despues.*

1722 Pero si el aumento se hizo en la cosa legada sabiendo el testador que era agena, nada de él ni de su estimacion debe llevar el legatario.

|| La ley inserta que declara pertenecer al legatario el incremento de la cosa legada, no distingue si para este efecto ha de ser agena ó propia del testador; y por lo mismo le corresponderá en ambos casos: de lo contrario, es de creer que la ley hubiera hecho semejante distincion, como la hace en las cláusulas siguientes." Otrosi decimos que debe aver aquel á quien es fecha la manda, los frutos de aquella cosa que le fuesse mandada, si era de aquel que la mandó, desde el dia que el heredero éntre la heredad por palabra ó por fecho. Mas si la cosa mandada fuese agena, débela comprar el heredero é darla à aquel á quien el testador la mandó dar." Y por otra parte, si el testador da algun aumento á la cosa legada sabiendo que era agena, manifiesta bastantemente que quiere que ceda aquel en beneficio del legatario. (*Nota del reformador de Febrero.*) A esta observacion podemos nosotros añadir, que lejos de conformarnos con la opinion de Febrero en las palabras puestas por él despues de la ley, creemos que la presuncion está en favor del legatario, y que el testador haciendo que suba la estimacion y valor de la cosa agena despues de haberla legado, quiso sin duda aumentarla á la manda que tenia hecha. ||

1723 Al modo que el aumento de la cosa legada pertenece al legatario, cede tambien en perjuicio suyo su disminucion ó menoscabo: por lo que, si despues de haberle legado el testador una casa, fundo ú otra cosa, enagenó parte de ella, no llevará mas de lo que le quedó sin enagenar. Lo mismo sucederá si la casa se arruinó, pues únicamente le corresponderá el solar en que estaba edificada, que es el resíduo.

1724 Tambien debe el heredero en el legado de cosa específica entregar al legatario los frutos que haya producido desde que tomó posesion de la herencia ó la aceptó.

|| Asi lo dice la ley 37 de Partida que se cita y hemos insertado: pero como al punto que muere el testador adquiere el legatario el dominio de la cosa legada, parece que debian corresponderle como á dueño los frutos que aquella produjese en el intervalo que mediase entre la muerte del testador y la aceptacion de la herencia por su heredero. ||

1725 No designando el testador el lugar en que el heredero debe entregar la manda al legatario, debe aquel hacerlo en uno de los tres de que habla la ley 48, tit. 9, Part. 6, á saber: ó en el que habita, ó en el que están las cosas legadas, ó en el que están la mayor parte de los bienes del testador.

1726 Si el testador legó alguna cosa que estaba en otro lugar, dudando si estaba ó no viva, debe el heredero dar caucion y seguridad al legatario de que la buscará, y de que hallada se la entregará, practicando á su costa las competentes diligencias, de suerte que el legatario nada tenga que espender. (Ley 12, tít. 9, Part. 6.)

1727 Lo mismo procede cuando el testador sabe que ecsiste aunque en paraje remoto, pues el heredero ha de buscarla á sus espensas y entregarla al legatario.

1728 Si en las cosas legadas hay frutos pendientes y manifiestos al tiempo de la muerte del testador y no dispuso de ellos, tocan al legatario, porque son parte del fundo y se consideran una misma cosa con él: lo cual no puede decirse de los frutos separados.

1729 No se deben al legatario los frutos de cosa genérica ó agena, sino desde que se constituye en mora el heredero y se le interpela en juicio para su entrega, que es desde la contestacion del pleito; porque no adquiere dominio en lo legado como cuando la cosa es específica y propia del testador.

1730 Lo mismo procede por la propia razon cuando el legado es de quinto ó de otra parte ó cuota de bienes del testador sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario; como tambien en todos los casos en que nó se traspase al legatario el dominio de la cosa legada: pues en ellos no se le deberán los frutos hasta el dia en que se le trasfiera.

1731 Si no hay heredero instituido, y aunque lo haya si no quisiere aceptar la herencia, podrá el legatario interpelar á los legítimos ó al ejecutor testamentario para que la acepten, ó se nombrará curador á los bienes yacentes, con quien se practiquen las diligencias relativas á la aceptacion; desde la cual, asi como se trasfiere al legatario el dominio verdadero de lo legado, asi tambien se le trasferirá el derecho de percibir los frutos de ello.

|| Legándose puramente cosa determinada ó específica, pasa su dominio al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, sin que sea necesaria para este efecto la adicion ó aceptacion del heredero, puesto que segun la ley 1, tit. 18, lib. 10 de la Novís. Recopilacion, valen las mandas aunque en el testamento no se haya nombrado heredero, ó el que lo esté no acepte la herencia. Por tanto los frutos de la cosa específica pertenecerán al legatario desde dicho tiempo. ||

1732 Moviéndose pleito sobre la cosa legada antes de su entrega, está obligado el heredero à satisfacer las espensas que se hagan; y si el heredero muere despues de hecha la entrega, las satisfará el legatario.

1733 Quitándose en juicio la cosa legada, no puede el legatario usar de la accion de eviccion contra el que la vendió al testador, à no ser que el heredero le ceda sus acciones; y si el legado dejado con gravámen no valiese en el todo y fuere quitada alguna parte en juicio, se ha de disminuir á prorata la carga.

1734 Cuando el testador lega cosas del heredero, está obligado éste á entregarlas al legatario, que no adquiere su dominio hasta la entrega; en lo cual se diferencia este legado del de cosa propia del testador.

1735 Esto ha de entenderse cuando es único el heredero, ó aunque haya muchos es uno solo el gravado á la tradicion de la manda; pues si son muchos y se grava á todos á restituir ó entregar la cosa que pertenece al uno, su dueño estará obligado á entregarla parcialmente ó su estimacion, á proporcion de la parte de herencia que le toque.

1736 En el legado de cosa agena está obligado el heredero á comprarla y entregarla al legatario; y si el dueño no quiere venderla, á dar á aquel mismo su valor. (Ley 10, tit. 9, Part. 6.)

1737 Legando el testador sus créditos, derechos y acciones, debe el heredero entregar al legatario los instrumentos con que pueden probarse, y cederle las acciones correspondientes para su cobranza. (Ley 47, tit. 9, Part. 6.)

1738 Por la remision ó liberacion del débito hecha en contrato ó última voluntad, es visto remitirse el puro, vencido y de presente, no el condicional y á dia cierto, escepto que se esprese otra cosa; y en la general solo se comprenden las deudas personales á favor del difunto, no las reales ó hipotecarias, de modo que si uno posee alguna cosa de éste sobre la cual podia ser reconvenido por la reivindicacion ó por otra accion real, no se entiende comprendida en el legado la remision; y asi el heredero puede repetirla del poseedor.

1739 Cuando el testador legó lo que tenia empeñado ú obligado á alguno por menos de lo que valia, debe el heredero desempeñarlo y entregarlo al legatario. La misma obligacion tiene si lo estaba por el tanto ó por mas de su valor, ya supiese ó no el testador que al tiempo de legarlo estaba empeñado. (Ley 11, tit. 9, Part. 6.)

1740 Pero si cuando lo legó ignoraba el empeño, y el importe de de este era menor que el valor de la cosa, debe desempeñarla el legatario, pues es visto que solo le legó el esceso. (Dicha ley 11.)

1741 Habiendo consistido el legado en alhaja ó prenda que su deudor habia entregado al testador, queda salvo à los herederos de éste el derecho de repetir contra el deudor lo que debia, porque no es visto habérselo remitido, sino haberle legado solamente el derecho de prenda, y dejado libre del empeño la alhaja. (Ley 16, tit. 9, Part. 6.)

1742 Cuando el legatario probase que el testador habia querido legarle la prenda y remitirle la deuda, estarà obligado el heredero à entregarle aquella y los documentos con que se acredita esta. Con respecto à los legados de eleccion y alimentos, véase lo que hemos dicho en sus respectivas secciones.

SECCION XIII.

De la cuarta falcidia.

1743 A veces los testadores reparten y distribuyen sus bienes haciendo de ellos mandas, en razon de las cuales no dejan al heredero cosa alguna. Los romanos para asegurar la adicion de la herencia en

estos casos dieron la famosa ley Falcidia, segun la cual pertenecia siempre al heredero instituido la cuarta parte de todos los bienes. Nuestras leyes de Partida la admitieron tambien, y por lo mismo vamos à ocuparnos de ella brevemente.

1744 Disponiendo el testador de todos sus bienes haciendo de ellos mandas ó donaciones *mortis causa*, de modo que no quede salva al heredero la cuarta parte de ellos, puede retenerla y rebajar de aquellas para completarla lo correspondiente à cada una, segun su respectiva cuota. (Ley 1, tit. 11, Part. 6.)

1745 Antes de sacar su parte legítima ó falcidia debe pagar todas las deudas del difunto, y tambien reintegrarse de las que éste le debiese, sino es que lo prohiba espresamente en el testamento. (Ley 2, tít. 11, Part. 6.)

1746 Asimismo debe sacar los gastos hechos en la muerte del testador, en los escritos del testamento y en los memoriales de sus bienes. (Ley 2 cit.)

1747 De todo lo demas le pertenece la cuarta parte, tomando lo correspondiente de cada cosa mandada que sea partible sin daño, y no siéndolo, de su precio; pero no podrá tomarla entera en cosa mandada á otro sino con voluntad de este. (Dicha ley 2.)

1748 Para sacar la cuarta falcidia debe atender el heredero al valor que tienen los bienes al tiempo de la muerte del testador, y la diminucion ó aumento de ellos será en beneficio ó daño suyo, y no de los legatarios. (Ley 3, tít. 11, Part. 6.)

1749 Si falta algo del valor de los bienes despues de la muerte del testador, lo perderá el heredero, y á los legatarios se entregarán sus mandas cumplidas. (Dicha ley 3.)

1750 No podrá el heredero sacar la cuarta de las mandas siguientes:

1.º De las hechas á iglesia ú otro lugar religioso.

2.º De las hechas á los hospitales ó pobres.

3.º De las que se hagan para la redencion de cautivos ú otro fin piadoso.

4.º Las dejadas en testamento militar. (Ley 4, tit. 11, Part, 6.)

5.º Cuando el testador manda algo á sus herederos con prohibicion de enagenarlo.

6.º Cuando el testador se lo prohibe espresamente.

7.º Si manda algo á sus hijos por razon de su legítima.

8.º Si manda algo á su muger por razon de dote. (Ley 6, título 11, Part. 6.)

1751 Si el heredero pensando haber en la herencia lo suficiente para sacar su cuarta y cumplir las mandas, pagase algunas por entero, debe igualmente satisfacer las demas; á no ser que se descubriese alguna deuda grande del difunto, en cuyo caso podrá sacarla de aquellas que aun no hubiese pagado. (Dicha ley 6.)

1752 Los casos en que no es permitido á los herederos sacar la cuarta no deben entenderse cuando estos son descendientes ó ascendientes, los cuales deben haber su legítima sin gravámen alguno, á no ser que hayan sido desheredados con derecho. (Ley 4 cit.)

1753 Para que los herederos puedan sacar la cuarta falcidia, de-

ben antes hacer inventario; y sin hacerlo, solo podrán sacarla los ascendientes ó descendientes, porque estos han de haber su parte legítima por deuda de naturaleza, y aquellos por la ley. (Ley 7, tit. 11, Partida 6.)

1754 Perderán los herederos la cuarta falcidia en los casos siguientes:

1.º Cuando cumple el mandato reservado del testador y da alguna cosa á persona de las prohibidas por las leyes, pues no debe obedecerle. (Ley 5, tit. 11, Part. 6.) Se esceptúan los hijos y nietos del testador.

2.º Cuando cancela maliciosamente el testamento ó mandas para que no valgan.

3.º Cuando hurta alguna cosa de las mandadas.

4.º Cuando niega la manda ó se atribuye la propiedad de lo mandado. (Ley 6, tít. 11, Part. 6.)

|| El reformador de Febrero despues de tratar de la revocacion de las mandas, dice que correspondia en aquel lugar tratar de la cuarta falcidia; pero que como la ley 1, tit. 4, lib. 5 de la Recop. (1, tit. 18, lib. 10 de la Nov.) dispone que valga todo lo ordenado en el testamento aun sin la adicion del heredero instituido, se controvierte entre nuestros intérpretes si tendrà lugar en el dia dicha cuarta. "Yo he ecsaminado, prosigue, los fundamentos de la opinion afirmativa y negativa, y ambas me parecen probables. Mas sin embargo de todo me ha parecido conveniente omitir dicho pàrrafo de la cuarta falcidia por considerarlo inútil, puesto que nunca ó casi nunca se hace uso ni se oye hablar de aquella en los tribunales ni en las particiones de herencias, y que siempre debe espurgarse de la jurisprudencia todo lo que únicamente sirve para dilatarla y confundirla." Hasta aqui el reformador. Nosotros creemos que en efecto puede y *debe espurgarse de la jurisprudencia todo lo que solo sirve para confundirla*, pero no aquello que puede ser de algun uso y aplicacion. El mismo reformador conoce esta verdad, cuando confiesa que le parece tan probable la opinion de los que creen que puede tener lugar la cuarta falcidia como la de sus contrarios, y en esta incertidumbre no deja de ser lo mas acertado dar noticia de una parte de la jurisprudencia, que aunque nunca ó casi nunca tiene lugar en los tribunales ni particiones de herencias, pudiera llegar el caso de que la tuviera, y sería hasta ridículo que la ignorasen los que debian saberla. Por estas consideraciones sin duda el señor Tapia en su Febrero novísimo dedicó un capítulo á tratar esclusivamente de las dos cuartas, trebeliánica y falcidia, acerca de las cuales es uno mismo el juicio del señor Gutierrez. ||

|| Febrero en los párrafos 5 y 6 del capitulo 6 de su segunda parte trata, aunque muy lijeramente, del derecho de acrecer en los legados, y de si los que haga el testador á su muger, acreedores, y tutor que nombre, se han de compensar con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que tocan á la primera, con lo que debe à los segundos, y con la décima que corresponde al tercero. Siguiendo nosotros el método sencillo que nos hemos propuesto, remitimos en esta parte á nuestros lectores á los números 1272 y siguientes, en que se fijan los principios generales de cada una de estas materias, por los cuales pueden resolverse cuantos casos ocurran. ||

FORMULARIO.

Escrituras concernientes á la materia de testamentos.

Testamento regular.

1755 En el nombre de Dios todopoderoso. Notorio sea á los que el presente testamento viesen, como yo don Francisco Solís y Guzman, natural y vecino de esta córte, hijo legítimo de legítimo matrimonio de don Juan de Solís y Guzman y de doña María de Toledo, difuntos, naturales que tambien fueron de ella, hallándome por la divina misericordia bueno y sano (ó enfermo) y en mi entero juicio, creyendo y confesando el misterio de la Trinidad, y todos los demas que cree y confiesa nuestra santa madre la iglesia católica, apostólica, romana, en cuya verdadera fé y creencia he vivido, vivo y protesto vivir y morir, como católico fiel cristiano: tomando por mi intercesora y protectora á la siempre vírgen é inmaculada reina de los ángeles María santísima, madre de Dios y señora nuestra, del santo ángel mi custodio, los de mi nombre y devocion, y demas de la córte celestial, para que impetren de nuestro señor y redentor Jesucristo, que por los infinitos méritos de su preciosisíma vida, pasion y muerte me perdone todas mis culpas, y lleve mi alma á gozar de su presencia: temeroso de la muerte, que es tan natural y precisa á toda criatura humana como incierta su hora, para estar prevenido con disposicion testamentaria cuando llegue, resolver con maduro acuerdo y reflecsion todo lo concerniente al descargo de mi conciencia, evitar con la claridad las dudas y pleitos que por su defecto pueden suscitarse despues de mi fallecimiento, y no tener á la hora de este algun cuidado temporal que me obste pedir á Dios de todas veras la remision que espero de mis pecados, otorgo y ordeno mi testamento en la forma siguiente:

Encomiendo mi alma á Dios nuestro señor que de la nada la crió, y mando el cuerpo á la tierra de que fué formado; el cual, hecho cadáver, quiero se amortaje con el hábito de nuestro seráfico padre san Francisco, y sepulte en la iglesia parroquial de donde al tiempo de mi muerte fuere parroquiano.

Es mi voluntad que asistan á mi entierro, si fuere en público, el número completo de sacerdotes de mi parroquia, los que acompañen mi cuerpo hasta la iglesia; y si fuere en secreto, mando que mis testamentarios distribuyan en misas por mi alma, á su eleccion, sin perjuicio del derecho de la parroquia, el importe de la limosna que por su

asistencia se les habia de dar, y que en este caso á nada tengan derecho.

Mando que en el dia de mi entierro, siendo hora, y si no en el inmediato, se celebre por mi alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y que asistan á oficiarla el número de sacerdotes referido, pagándose la limosna que se acostumbra.

Mando igualmente que se celebren doscientas misas rezadas por mi alma, las de mis padres y abuelos y demas de mi obligacion, satisfaciendo de limosna por cada una tres reales de vellon; de las que, sacada la cuarta parte correspondiente á la parroquia, las restantes se celebrarán en las iglesias y altares que elijan mis testamentarios, como tambien las referidas en la cláusula anterior.

Lego por una vez para la conservacion de los santos lugares de Jerusalen y tierra santa, redencion de cautivos cristianos y demas mandas forzosas tantos reales de vellon, y tanto, con arreglo á lo que está mandado, á los hospitales de esta corte. (Véase en el núm. 1086 y su nota, donde se hace referencia de las mandas forzosas que se hallan establecidas hoy dia.)

Para ayudar á la curacion de los pobres enfermos del hospital de san Juan de Dios de esta corte, mando se entreguen al administrador de él quinientos y cincuenta reales de vellon por una vez, y le encargo que los distribuya en este destino y no en otro, y sobre ello la conciencia.

A don Antonio de Solís, mi hermano, lego la caja y espadin de oro de mi uso diario; y á doña Teresa, mi hermana, mil ducados de vellon en dinero por una vez, para tomar estado ó para los fines que quisiere: y les pido me encomienden á Dios.

Al criado mayor que me sirva al tiempo de mi muerte, lego toda mi ropa de lana y seda que entonces tuviere; á la criada que me asista y hubiere en mi casa, la cama completa en que durmiere, con sus tablas, colchones, cuatro almohadas, otras tantas sábanas, la manta y colcha de que usare en ella, y asimismo cincuenta ducados de vellon en dinero por una vez: y si hubiere dos, perciba todo este legado la mas antigua, y á la moderna se den solo cincuenta ducados: y les pido me encomienden á Dios.

Declaro que me hallo casado legítimamente con doña Gertrudis Meneses, en cuyo matrimonio hemos procreado y tenemos por nuestros hijos legítimos á don Alejandro, don Antonio, don José, doña Manuela y doña María Josefa de Solís, menores en la edad pupilar, de los cuales y de los demas que procreáremos constante él, usando de las facultades que me confiere la ley 3, tít. 16, de la Part. 6, nombro á la referida mi muger por tutora y curadora de sus bienes, ínterin subsista viuda: y en atencion à su buena conducta, aplicacion, gobierno y maternal amor que les profesa, y á que por consiguiente cuidará con el mayor celo y vigilancia de la conservacion y aumento de ellos, la relevo de fianzas, y consigno frutos por alimentos para su crianza y manutencion. Suplico al señor juez ante quien se presente testimonio de esta cláusula, que apruebe y confirme este nombramiento y discierna este encargo con la relevacion y consignacion mencionadas,

pues asi es mi voluntad; pero si volviere á casarse, mando que aunque dé fianzas se le quite la tutela y saquen de su poder á mis hijos y sus bienes, y se entreguen á la persona mas cristiana y abonada que pareciere á dicho señor juez, el cual le señale para su manutencion y crianza lo que contemple preciso segun su calidad, y no frutos por alimentos, y el sobrante se deposite y emplee cuando haya proporcion, para aumento de sus legítimas; sobre todo lo cual le encargo la conciencia, y me conformo con la ley 5 del mismo título y Partida.

Usando de la potestad que me confieren las leyes de estos reinos, mejoro en el tercio que quede de mis bienes, despues de deducido el quinto, al espresado don Alejandro mi hijo, el que le consigno en las tierras sitas en tal parte, término de esta villa, y mando que si su valor no alcanza á completarlo, se le reintegre lo que falte en bienes muebles, y si escede, el sobrante sea para parte de pago de su legítima paterna.

A la mencionada doña Gertrudis mi muger lego el remanente del quinto de mis bienes, el que le consigno en una casa que poseo en esta corte en tal calle; bien entendido, que si volviere á casarse, aunque sea pasado el año de viuda, la ha de restituir *incontinenti* á mis hijos, para que se divida entre ellos con igualdad y no á prorata; á cuyo fin la prohibo enagenarla, y en este caso revoco y anulo este legado; y mando que el quinto se deduzca primero que el tercio, pero que no esceda de la legítima que á cada uno de mis cinco hijos debe tocar, sin embargo de cualesquiera razones que haya para deducirse del total de mis bienes.

Si entre mis papeles ó en poder de mi confesor ó de otra persona se hallare una memoria con fecha posterior á este testamento y relacion de él, ó sin fecha, firmada de mi puño, ó escrita por mí aunque no esté firmada, que contenga mandas, declaraciones, fundaciones, remisiones, ampliacion ó revocacion de todo ó parte de lo que dejo ordenado, ú otras cosas concernientes á mi última voluntad, mando que se tenga y estime por parte integral de él, que como tal se protocolice, sin necesidad de precepto judicial, en los registros del presente escribano; que su contesto se observe ecsacta, íntegra é inviolablemente, sin tergiversacion, como si aqui fuera especificado; y que á los verdaderos interesados se den las copias y testimonios que pidan de lo que les corresponda, pues asi es mi voluntad; pero no estando escrita ó firmada por mí, no haga fé judicial ni estrajudicialmente.

Para cumplir todo lo tocante á obras pias que contiene este testamento y contuviere la memoria (en caso de dejarla), nombro por mis testamentarios á don Fulano y don Fulano, y á cada uno *in solidum*; y les confiero ámplio poder para que luego que fallezca se apoderen de mis bienes, vendan de los mas efectivos los precisos, en pública almoneda ó fuera de ella, y de su producto lo cumplan y paguen todo, cuyo encargo les dure el año legal y todo el tiempo que necesitaren, pues se lo prorogo.

Despues de cumplido y pagado todo lo espresado, del remanente de mis bienes y derechos presentes y futuros, instituyo por mis úni-

cos y universales herederos á los espresados don Alejandro, don Antonio, don José, doña Manuela y doña María Josefa de Solís y Meneses, mis cinco hijos y de la referida doña Gertrudis Meneses mi muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de mi muerte y deban heredarme, para que los hayan y lleven por su órden y grado, segun su representacion y lo dispuesto por las leyes, con la bendicion de Dios y la mia.

Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora he formalizado por escrito, de palabra ú en otra forma, para que ninguno valga ni haga fé judicial ni estrajudicialmente, escepto este testamento y memoria citada que quiero y mando se estime y tenga por tal, y se observe y cumpla todo su contesto como mi última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor lugar haya en derecho. Asi lo otorgo y firmo ante el presente escribano en esta villa de Madrid, á tantos de tal mes y año, siendo testigos Pedro, Juan, Francisco, Diego y Anselmo de tal, vecinos de ella. Y yo el escribano doy fé de que conozco al otorgante. (La ley 103, tít. 18, Part. 3, trata de la estension del testamento.)

Declaracion de la dote que la muger llevó al matrimonio, y de lo que su marido le ofreció en arras.

1756 Declaro que cuando doña Fulana mi muger se casó conmigo, trajo á mi poder por dote y caudal suyo propio, en bienes muebles que se tasaron, tanta cantidad, y tanta en dinero, que toda ascendió á tanto: y que le ofrecí tanto en arras y donacion *propter nuptias*, y de ello otorgué á su favor el correspondiente resguardo. Mando que se le haga pago de su dote íntegramente, y en cuanto á las arras se tenga presente mi capital y caudal que me tocare, y si cupiere en la décima parte de mis bienes, se le entregue sin descuento lo que le ofrecí; y no cabiendo, se le satisfaga la parte que quepa.

Declaracion del capital que llevó el marido.

1757 Declaro que cuando contraje matrimonio con Fulana llevé por caudal mio propio tantos mil reales, de que otorgó á mi favor el capital correspodiente en tantos de tal mes y año ante Fulano, escribano real. Mando se tenga presente para la deduccion de los gananciales ó menoscabos que pueda haber.

Otra, de los hijos que el testador tiene, y de lo que dió á uno de ellos en cuenta de su legítima.

1758 Declaro que del matrimonio qué contraje con Fulana, tengo por mis hijos legítimos á Francisco, Pedro y Juan, de los cuales Francisco se ha casado, y le dí tantos mil reales en cuenta de su legítima paterna. Mando que los traiga á colacion y particion con sus hermanos, y que los reciba en parte de pago de ella; y si escediere, se tenga el esceso por mejora.

Legado del quinto por alimentos á un hijo natural.

1759 Declaro que tengo un hijo natural llamado Pedro, que lo hube en Fulana, estando ambos solteros y sin impedimento canónico, no solo al tiempo de su concepcion sino al de su nacimiento, de suerte que podíamos casarnos sin dispensacion; y mediante hallarme con descendientes legítimos procreados en Fulana mi muger difunta, usando de la facultad que me conceden las leyes 10 y 28 de Toro, le lego el remanente del quinto de todos mis bienes, derechos y acciones, que es lo que puedo dejarle por razon de alimentos; y si al tiempo de mi fallecimiento no tuviere otro legítimo, sea mi universal heredero.

Institucion de heredero á un hijo natural por falta de descendientes legítimos.

1760 Por cuanto me hallo sin descendientes legítimos y con un hijo natural reconocido, llamado Francisco, que procreé en Fulana, estando ambos solteros y sin impedimento canónico para contraer matrimonio; por tanto, sin embargo de que tengo legítimos ascendientes, usando de la potestad que me concede la ley 10 de Toro, instituyo por único heredero de todos mis bienes, derechos y acciones al espresado Francisco, para que los herede.

Mejora del tercio y quinto hecha á una hija que llevó dote cuando se casó.

1761 Declaro que del matrimonio que contraje con Fulana tenemos por nuestros hijos legítimos á Francisco y Juana; que esta se halla casada con Fulano, y que cuando se casó le dí en dote tanta cantidad; y respecto de no poder ser mejoradas las hijas en contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, mando que traiga á colacion y particion con su hermano la dote que le entregué: pero mediante no estar prohibido que lo sean por última disposicion, la mejoro en el tercio y remanente del quinto de mis bienes, que le consigno en tales tierras, para que lo haya y herede á mas de su legítima; y mando asimismo que en la deduccion del quinto se observe la ley del Estilo, segun se practica comunmente, y que el tercio se saque del resíduo de la herencia.

Mejora que hace el padre á un hijo á quien por contrato oneroso prometió mejorar.

1762 Declaro que cuando mi hijo Fulano contrajo matrimonio con Fulana, prometí mejorarle en el tercio y quinto de mis bienes, y á ello me obligué en la escritura de capitulaciones que precedieron; y cumpliendo la obligacion que contraje y lo que en este caso manda la ley 22 de Toro, le mejoro en dicho tercio y quinto, para que lo haya y herede á mas de su legítima que debe percibir, y el tercio se sacará de los bienes que queden bajado el quinto.

Revocacion ad cautelam *con cláusulas derogatorias del testamento que otorga una mujer.*

1763 Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora haya formalizado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fé judicial ni estrajudicialmente. Y porque si tomo estado de matrimonio ó aunque no lo tome, puede suceder que el miedo, respeto reverencial, ó las eficaces persuasiones ó amenazas de mi marido ó de otras personas me seduzcan y violenten à variar de disposicion, especialmente si estoy enferma, y tal vez compelida manifestaré esteriormente que condesciendo, y quedaré privada del uso de la natural libertad de testar á mi satisfaccion, como ahora lo hago; para que esta disposicion no se frustre en todo ni en parte, declaro: que la ordeno de mi libre y espontánea voluntad; me obligo á no revocarla en manera alguna; y mando, que si falleciendo sin herederos forzosos, hiciere otra total ó parcialmente contraria, no se entienda ni estime revocada esta, á menos que aquella contenga en forma específica tales palabras (*aqui espresará las que sean*), y se cite en ellas este testamento y la obligacion que incluye de no revocarlo, y no lo uno sin lo otro, pues en tal caso ha de tenerse aquella y no esta por mi última y deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor haya lugar en derecho: en cuyo testimonio asi lo digo, otorgo y firmo ante el presente escribano en esta villa de &c.

Cláusulas de desheredacion.

1764 Mediante que mi hijo Pedro, con desprecio de los mandamientos divinos y de la misma ley de la naturaleza, tuvo la osadía de poner en mí tal dia á presencia de tales personas las manos airadas para herirme ó matarme, y profirió contra mi honor palabras infamatorias, porque le reprendí como padre sus vicios, amonestándole se abstuviese de ellos y procurase vivir con el arreglo que como cristiano temeroso de Dios debe tener, y que por esta razon se ha hecho indigno de titularse hijo mio y tener parte en mis bienes; desde luego, para que no quede impune y sirva á otros de ejemplo y escarmiento, en uso de las facultades que me confieren las leyes del tit. 7, Part. 6, le privo y deshereDo enteramente de la legítima paterna que despues de mis dias le podia tocar, y del derecho que á ella podia pretender; y quiero

y mando que ni por razon de alimentos ni por otro título ni motivo, sea admitido total ni parcialmente á su goce, y protesto no nombrarle en este testamento por mi heredero ni legatario, sin que esta pretericion y desheredacion pueda anularse en tiempo alguno.

Otorgamiento de testamento cerrado, y diligencias para su apertura.

1765 En la villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella y natural de &c. (*aquí se espresará su filiacion y naturaleza como en el testamento nuncupativo*), hallándose enfermo de la enfermedad que Dios nuestro Señor se ha servido darle y en su entero juicio, creyendo &c. (*aquí se pondrá la protestacion de fé y de precaucion como en dicho testamento*), dijo: que tiene escrito y ordenado su testamento en este cuaderno cerrado que me entrega para este acto: en él deja señalado entierro, hábito y misas, y nombrados albacéas y herederos; que quiere subsista de esta suerte el resto de su vida, y despues de muerto se abra y publique con solemnidad legal, y que revoca y anula por él todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna valga ni haga fé judicial ni estrajudicialmente: manda que solo este testamento se tenga y observe por tal y por su última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mas haya lugar en derecho. Asi lo otorga y firma, á quien doy fé conozco; rogó á los testigos presenciales, que lo fueron Pedro, Juan, Diego, Alonso, Martin, Tomás y Estevan de tal, vecinos de esta villa, que firmasen tambien, y por los que espresaron no saber, que lo hiciese el referido Tomás.=Francisco Lopez.=Fuí testigo: Antonio de tal.=Fuí testigo: José de tal.=Fuí testigo: Domingo de tal.=Testigo á ruego de Juan de tal: Tomás de tal.=Testigo á ruego de Diego de tal: Tomàs de tal.=Ante mí: Fulano de tal.=Yo Fulano de tal, escribano del Rey nuestro Señor y del número de esta villa de tal, presente fuí al anterior otorgamiento, y en fé de ello lo signo y firmo.=En testimonio de verdad: Fulano de tal.

Pedimento para la apertura del testamento cerrado.

1766 Pedro Fernandez, vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que Francisco Lopez, vecino tambien de ella, estando enfermo, otorgó el testamento escrito que en debida forma presento ante Fulano, escribano de este número, en el dia tantos de tal mes, y bajo de él falleció hoy á las siete de la mañana, poco mas ó menos; y respecto tener entendido que me dejó por su testamentario (*ó lo que sea*), para que se cumpla lo que en él dispuso:

A V. suplico que habiéndolo por presentado, se sirva mandar se abra y publique con la solemnidad legal, y que reduciéndolo à escritura pública, se den á los interesados los traslados y testimonios que pidan y les competan, interponiendo á ello para su mayor validacion la autoridad judicial cuanto ha lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido, juro no pedirlo de malicia, y para ello &c.

Auto.=Por presentado el testamento que se refiere: hágase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, á cuyo fin comparezcan en este juzgado, y evacuado en la parte que baste, se traiga todo para proveer. El señor don Fulano, juez de primera instancia de esta villa de tal y su partido, lo mandó en ella, á tantos de tal mes y año &c.

Informacion.=Primer testigo.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, Pedro Fernandez contenido en el pedimento y auto anteriores, cumpliendo con lo que por este le está mandado, presentó por testigo á Fulano, vecino de ella, de quien por ante mí el señor don Fulano, juez de primera instancia de esta villa y su partido, recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho y bajo de él prometió decir verdad y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado: y siéndolo por el referido señor juez de primera instancia al tenor del pedimento citado, y habiéndole manifestado el testamento y cuaderno presentado, dijo: es cierto que Francisco Lopez, vecino que fué de esta villa, estando enfermo y al parecer con pleno uso de las potencias y sentidos, otorgó en tal dia su testamento cerrado ante Fulano, escribano de este número, cuyo acto presenció el declarante, como testigo llamado y rogado con los demás que en él constan, y á vista de todos espresó con palabras claras é inteligibles, que lo que dentro de dicho cuaderno ó volúmen cerrado estaba escrito era su testamento y última voluntad; que en él dejaba elegido hábito, entierro y misas, y nombrado albacéas y heredero; que no queria se abriese hasta que falleciese, y que entonces precediese para ello la solemnidad prescrita por derecho; y asimismo que por él revocaba todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado, segun del otorgamiento consta. Todo lo cual espresó ante el declarante y demas testigos instrumentales, que á un propio tiempo lo oyeron de su boca, porque estaban juntos en la pieza en que se hallaba el enfermo, le vieron, y concurrieron á dicho acto, y el declarante firmó como testigo con el testador y otros que supieron, cuya firma que dice *Fulano de tal*, es suya propia, la que acostumbra hacer y por tal la reconoce, como tambien el cuaderno, que está del mismo modo que cuando lo firmó, y por los que dijeron no saber firmó Fulano, y todos encima de la cubierta del mencionado cuaderno, é igualmente dijo que el otorgante falleció en este dia, de la enfermedad que padecía, por haberlo visto cadáver (ú oidolo decir), y no le consta haya otorgado posteriormente otro testamento de palabra ni por escrito; que es lo que sabe y puede declarar, y todo la verdad bajo de dicho juramento, en que se afirma y ratifica; y lo firma con el señor juez, y espresa tener tantos años de edad: de que doy fé.—Don Fulano.=Fulano.=Ante mí: Fulano.

Nota. Las deposiciones de los demas testigos, que á lo menos han de ser cuatro, irán contestes con la precedente, mudando lo conveniente y preciso en cuanto á las firmas, pues si el testador ó alguno de los testigos que se ecsaminaren no firmaron, dirán quién firmó por ellos

Si el juez da comision al escribano para que las reciba, se pondrá en el auto, y omitirá en ellas su concurrencia; bien que debe concurrir á todo, como dejamos espuesto en su lugar: y si se quiere omitir algo del contesto del otorgamiento, se puede hacer remitiéndose á lo que de él consta, para que las declaraciones se despachen con mas brevedad; y luego corresponde el auto siguiente:

Auto.=Por lo que resulta de la informacion anterior, y mediante estar sin la mas leve sospecha de rotura ni otra el testamento presentado, ábrase y publíquese en forma por el presente escribano; y hecho, se proveerá á lo demas pretendido; el señor don Fulano, juez de primera instancia de esta villa de tal y su partido, lo mandó, &c.

Diligencia de apertura.

1767 Incontinenti el espresado señor juez quitó á mi presencia y de los testigos ecsaminados, el sello (*lacre, oblea ó lo que sea*) con que estaba cerrado el citado cuaderno y testamento, y lo abrió y leyó para sí tàcitamente, y luego me lo entregó, à fin de que lo publique, el cual tiene tantas hojas útiles escritas en papel comun (*ó sellado segun sea*), y al pie una firma que dice: *Francisco Lopez* (si no está firmado se dirá: *y está sin firmar*), y su literal tenor es el siguiente, de que doy fé.=Fulano de tal.

(Aqui se ha de insertar el testamento cuando se saque copia de él; previniendo que primero se copian el pedimento, informacion, autos anteriores y diligencia de apertura por su órden, despues el testamento, luego su otorgamiento, y lo último el auto que sigue:)

Auto. En tal villa, à tantos de tal mes y año, el señor don Fulano, juez de primera instancia de ella y su partido, habiendo visto estos autos, dijo: que reduce à escritura pública y declara por testamento y última voluntad de Francisco Lopez todo lo que en tantas hojas que contiene y rubriqué, está escrito; manda que se protocolice en los registros del presente escribano y traslade conforme á la ley, y que de él y de estos autos se den á los interesados las copias y testimonios que pidieren y les pertenecieren, pues para la mayor subsistencia y validacion de todo interpone su autoridad en legal forma, y lo firma, de que doy fé.=Don Fulano.=Ante mí: Fulano.

Nota. Si està escrito en papel sellado, se omitirá en el auto el precepto de que se traslade conforme á la ley, porque no es necesario. Algunos ponen bajo de un contesto la diligencia de apertura y auto último sin separacion. Cada uno ajústese à lo que mejor le parezca, pues surte el propio efecto, y nada se varía en la sustancia.

Diligencia para declarar por testamento nuncupativo el dispuesto de palabra ante testigos.

1768 *Pedimento.* Francisco Perez, vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que Antonio Lopez, de la misma vecindad, hallándose en tal dia muy gravado de la enfermedad que padecia, pero en su juicio natural, y considerando que segun la crítica situacion en que estaba constituido, moriria *ab intestato*, por evitar que esto su-

cediese, mediante no haber escribano en esta villa (*ó por el motivo que haya*) dió orden á un criado suyo para que llamase cinco testigos, todos vecinos de ella, que fueron Pedro, Sancho, Diego, Martin y Juan de tal; y á su presencia, precedida la protestacion de la fé, les dijo que se contemplaba mortal, y por si Dios fuese servido llamarle á juicio, queria se enterrase su cadáver en su iglesia parroquial: que por su alma se celebrase en el dia de su entierro, siendo hora, y si no en el siguiente, misa cantada de cuerpo presente, con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y tantas rezadas, su limosna á tanto (*aqui se espresará lo demas que hubiese dispuesto*): nombró por sus testamentarios á Lorenzo y José de tal, á cada uno *in solidum*, para que evacuasen su voluntad dentro ó fuera del término legal: me instituyó por único y universal heredero de sus bienes: revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas, y pidió á los testigos referidos que lo fuesen de como todo lo espuesto queria se estimase y cumpliese por su testamento nuncupativo y última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor hubiese lugar en derecho, y que asi lo declarasen en juicio, si sobre ello fuesen preguntados; y mediante haber fallecido hoy bajo esta disposicion, para que tenga efecto:

A V. suplico se sirva mandar que al tenor de este pedimento se ecsaminen conforme á la ley todos los testigos nominados, y constando la certeza de su contesto, declarar sus disposiciones por testamento nuncupativo y última voluntad del prenotado Antonio Lopez, y asimismo providenciar que se protocolicen en los registros del presente escribano, y se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fueren de dar, interponiendo á todo para su mayor validacion y firmeza la autoridad judicial cuanto ha lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido, juro lo necesario, y para ello, &c.

Auto.=Recíbase á esta parte la informacion que ofrece por ante el presente escribano, á quien para ello se da comision en forma; y evacuada tráigase para proveer lo que haya lugar sobre lo que se pretende; el Sr. D. Fulano, juez de primera instancia de esta villa de tal y su partido, lo mandó y firmó á tantos &c.

Informacion.=Primer testigo

1769 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano, presentó Francisco Perez, vecino de ella, por testigo para la informacion que tiene ofrecida y le está mandada dar, á Pedro de tal, vecino tambien de ella, de quien en virtud de la comision que en el auto precedente me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad y lo que supiere sobre lo que le fuere preguntado: y siéndolo por mí al tenor del pedimento que la motiva, dijo: que en tal dia, á tal hora poco mas ó menos, fué á la casa de Antonio Lopez, difunto, en consecuencia de recado que le envió con un criado suyo, y á su presencia y de Sancho, Diego, Martin y Juan de tal, todos vecinos igualmente de esta villa, espresó que hallándose gravemente enfermo y no queriendo morir intestado, los llamaba para que fuesen testigos de su disposicion y última voluntad; y con efecto empezó á decir que creia y

confesaba todos los misterios y sacramentos de nuestra santa madre la iglesa católica, apostólica romana, en cuya fé y creencia habia vivido, y vivia y protestaba vivir y morir, como católico fiel cristiano: que queria se enterrase su cadáver en su parroquia, á tal hora, con tal fúnebre aparato y acompañamiento, y se le amortajase con tal hábito: que en el dia de su entierro se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente con diàcono, subdiácono, vigilia y responso, y tantas rezadas, su limosna á tanto (*aqui se pondrá lo demas que hubiere declarado y mandado*): que nombraba por sus testamentarios á Lorenzo y José de tal, y á cada uno *in solidum*, y les daba àmplio poder y facultad para cumplir todo lo que dejaba ordenado, y para ello les prorogaba el término que necesitaren: que instituia por único heredero de todos sus bienes á dicho Francisco Perez, y que revocaba todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valiese ni hiciese fé judicial ni estrajudicialmente, escepto la que à presencia del declarante y demas testigos espresados manifestó verbalmente y deja referida, la cual quiso se estimase y observase como su testamento y última deliberada voluntad, ó en la mejor via y forma que hubiese lugar en derecho: todo lo cuál espresó clara y distintamente à los mencionados testigos à un propio tiempo, estando al parecer con el pleno uso de su juicio aunque enfermo; y les previno lo tuviesen presente y declarasen si en juicio fuesen preguntados: y sabe el declarante que el referido testador falleció bajo de esta disposicion, porque oyó decir que no habia otorgado posteriormente otra: siendo lo que ha espuesto cuanto puede declarar y la verdad, bajo del juramento que deja hecho, en que se afirma y ratifica; y lo firma, diciendo ser de tantos años de edad poco mas ó menos, y que no es pariente de la parte que le presentó: doy fé.=Fulano.=Ante mí.=Fulano.

Nota. Las declaraciones de los demas testigos han de ser arregladas y conformes à esta en todo, menos en cuanto á las firmas y edad, que variarán segun sea y sepa el testigo, y luego corresponde el siguiente:

Auto.=En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor don Fulano, juez de primera instancia de ella y su partido, habiendo visto estos autos, dijo: que mediante resultar por las contestes declaraciones de los cinco testigos instrumentales ecsaminados la disposicion bajo de que falleció Antonio Lopez, vecino que fué de esta villa, debia declarar y declaraba todo cuanto está espresado en ellas por su testamento nuncupativo y última deliberada voluntad: y en su consecuencia mandó que como tal se observe y cumpla íntegra é inviolablemente; que estos autos se protocolicen en los registros de escrituras públicas del presente escribano, á la que reduce dichas disposiciones; que por tal se estimen y tengan; y que de todo se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fuesen de dar, de manera que hagan fé, pues para su mayor validacion interpone la autoridad de su oficio cuanto puede y há lugar en derecho: y lo firma, de que doy fé.=Don Fulano.=Ante mí.=Fulano.

Nota. Si el testamento fuere dispuesto en cédula ante testigos, se practicará lo que dejamos prevenido en el número 1594, y

respecto de que con ello y con las diligencias estendidas puede el escribano instruirse radicalmente de todo, omitimos su ordenacion por evitar prolijidad nada necesaria. Tendrá cuidado de espresar si los testigos de estos dos testamentos son ó no parientes del heredero, y si lo son, en qué grado, pues dentro del cuarto civil les está prohibido serlo, como dejamos espuesto en el número 1039, y por esta razon puede viciarse el testamento, lo que no podrán decir en el otorgamiento y apertura del cerrado, porque ignoran quién es el heredero, y por eso lo puse como en el de palabra. Asimismo que el notario meramente eclesiástico no puede como tal autorizar testamentos ni escritura pública entre legos, y si los autoriza son nulos; pero se pueden revalidar los testamentos hechos ante él, practicando las diligencias que con los referidos en esta nota, acerca de lo cual véase á Florez de Mena, (*Var. quæst.* 1, núm. 13 al 18, y á los que cita.)

Codicilo abierto.

1770 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que en tal dia de tal mes y año otorgó su testamento ante Fulano, escribano real, del cual ha deliberado quitar y enmendar algunas cosas y añadir otras; y poniéndolo en ejecucion por via de codicilo, ó en la forma que mas haya lugar en derecho, ordena, declara y manda lo siguiente:

Manda que á mas de las tantas misas que deja por su alma, se celebren por su intencion tantas en tales altares de tal iglesia, y que se dé por limosna de cada una tanta cantidad.

Manda que el legado de tanta cantidad que hizo á Pedro, no se le entregue, y para que no tenga accion à pedirlo, lo revoca enteramente.

Quiere que el resíduo del quinto de sus bienes se dé à Fulana, su hija, á cuyo fin se lo lega, para que lo haya á mas de su legítima.

Declara que despues de haber otorgado dicho testamento, contrajo matrimonio Fulano su hijo, y que dió á éste tanta cantidad en cuenta de su legítima: manda que la traiga á colacion y particion, y le mejora en el tercio de todos sus bienes; cuya deduccion se ha de hacer despues de sacado el quinto.

(Asi proseguirá con lo demas que quiera disponer, no escediendo de las facultades que el derecho le concede, y luego proseguirà en la siguiente forma.)

Todo lo cual quiere que valga en la via y forma que mejor haya lugar en derecho, y manda se guarde, cumpla y ejecute inviolablemente; y revoca y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y en lo que sea conforme con él y en todo lo demas lo aprueba, ratifica y deja en su fuerza y vigor, para que se estime por su última deliberada voluntad, y con ningun motivo ni pretesto se contravenga. Asi lo otorga y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos, &c.

Nota. Si el testador no hubiese hecho testamento, no se mencionará en el codicilo, y se omitirá en el pié de este la cláusula de su revocacion y aprobacion que contiene. Si quisiere nombrar heredero en él, no se detenga el escribano en ponerlo: pues aunque es verdad que

el testador no puede hacerlo, si lo hiciere, no se estimará por codicilo, sin embargo de que se llame asi, sino por testamento, como dejamos espuesto; y el que instituya llevará la herencia, respecto no tenerlo hecho antes. Pero que lo tenga ó no otorgado, podrá poner en él si quisiere la protestacion de la fé, naturaleza y filiacion del testador, como tambien en el cerrado, y la cláusula codicilar en ambos.

Otorgamiento de codicilo cerrado.

1771 En tal parte, á tantos de tal mes y año, Francisco Lopez, vecino de ella, estando enfermo (*ó sano*) y en su entero juicio &c., dijo: que en tal dia, mes y año otorgó su testamento ante Fulano, escribano, y por haber reflecsionado con madurez lo que en él tiene dispuesto, ha revocado, quitado y enmendado algunas cosas, y añadido otras por el codicilo cerrado que espresa estar dentro de este cuaderno y me entrega, y por tal lo otorga: y quiere y manda que despues que fallezca y no antes, se abra y publique con la solemnidad por derecho prescrita, y que su contesto valga y se cumpla y ejecute sin tergiversacion, como su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho; pues en lo que fuere opuesto al citado testamento lo revoca y anula, y en todo lo demas lo ratifica y deja en su fuerza y vigor: y revoca asimismo todos los codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial ni estrajudicialmente. Asi lo otorga y firma, á quien yo el escribano doy fe conozco, siendo testigos, &c.

Nota. En el otorgamiento del codicilo cerrado han de intervenir cinco testigos vecinos, pudiendo ser habidos, como queda espuesto, y firmar encima del cuaderno como en el testamento escrito; pues aunque la ley no lo previene ni manda, versa igual razon y debe obrar la misma disposicion legal, por ser instrumento de la propia naturaleza; por lo que requiere su apertura idéntica solemnidad sin diferencia. En cuanto á la protestacion, revocacion del testamento cuando no lo hizo antes, y otras cosas, véase la nota precedente.

Poder para testar.

1772 En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella &c. (*aqui se pondrá la naturaleza y filiacion del testador, y protestacion de la fé é imploracion del divino ausilio como en el testamento nuncupativo, y luego proseguirá*), dijo: que por cuanto sus graves ocupaciones y otros motivos no le permiten disponer con la claridad, madurez y reflecsion que desea y se requiere, las cosas concernientes á su última voluntad, y tiene suma satisfaccion y confianza en que Juan Rodriguez, vecino tambien de esta villa, su íntimo amigo, las desempeñará con el acierto, prontitud y eficacia correspondientes, por habérselas comunicado y estar

bien cerciorado de ellas; estando bueno y en su entero juicio, temeroso de la muerte, deuda tan precisa á todo viviente humano como incierta su hora, para que cuando llegue no le halle desprevenido de disposicion testamentaria, en la mejor forma que haya lugar en derecho, otorga y confiere al citado Juan Rodriguez, tan ámplio, firme y eficaz poder como es necesario, para que en su nombre y representando su persona formalice y ordene dentro ó fuera del término legal su testamento y última voluntad, ó declaracion ó disposicion de pobre, segun el caudal que deje, haciendo en él los legados que le pareciere, sustituyendo á sus hijos pupilos, dándoles por sustitutos á sus hermanos ó á cualquiera de ellos, nombrando por su tutor à Pedro, Diego ó Antonio de tal, y haciendo asimismo las declaraciones, remisiones de deudas, descargos de su conciencia y demas cosas que el otorgante le tiene comunicadas y comunicará en lo sucesivo, ó declarando haber muerto pobre si no dejase bienes de que testar: pues aprueba todo lo que con arreglo á las referidas facultades practicare, y quiere que tenga la misma validacion y subsistencia que si aqui fuera literalmente espresado, y que por tal se estime; para lo cual le da el mas absoluto y eficaz poder con todas las firmezas y amplitudes convenientes que legalmente se requieren, con libre, franca y general administracion, y para ello otorga su testamento ú otra disposicion; y para evacuar enteramente lo que disponga, ordene y declare en virtud de este poder, le proroga el término que el derecho prefine, por el que necesite, sin limitacion: y solo reserva en sí lo siguiente:

(Aqui se pondrá su entierro, misas y otras cosas si quisiere, elegirá mas testamentarios, y si lo deja todo á eleccion del comisario, omitirá la cláusula de reservacion; pero la siguiente es precisa, por estar prohibido al comisario instituir heredero y consignar la mejora, y al testador cometerle su consignacion.)

Y en el remanente de todos sus bienes muebles, raices, derechos y acciones, instituye por sus universales herederos á Francisco, Diego, Juan, María, Micaela y Antonia Lopez, sus seis hijos legítimos y de Ignacia Fernandez su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de su muerte, y que por su órden y grado deben heredarle, para que los hayan con arreglo à lo que mandan las leyes de estos reinos, segun su representacion, con la bendicion de Dios y la suya; previniendo que el quinto no ha de esceder de la legítima que á cada uno toque, y que si todos sus tres hijos varones ó alguno de ellos hubiere muerto al tiempo de otorgar el testamento, no ha de haber mejora alguna en sus nietos ni en otro descendiente de estos, pues en este caso lo revoca en cuanto á ellos.

Y por el presente revoca y anula todos los testamentos, poderes para testar y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora ha otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fé judicial ni estrajudicialmente, escepto este poder y testamento ú otra disposicion que en su virtud se ordene, que quiere y manda se tengan y cumplan por su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho. Asi lo otorga y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos (*aqui se espresarán sus nombres*), vecinos de esta villa.

Testamento en virtud de poder.

1773 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Fernandez vecino de ella, en nombre de Francisco Lopez, difunto, y en virtud del poder para testar que le confirió en ella à tantos de tal mes y año ante Fulano, escribano real, cuya copia original me entrega para documentar este testamento é incorporarla en sus traslados, y cuyo literal tenor es el siguiente:

(*Aquí la copia del poder.*)

Concuerda el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, de que doy fé, y asegurando el otorgante, como asegura y declara, no estarle revocado, suspenso ni limitado, que lo tiene aceptado, y por el uso de sus facultades aceptándolo nuevamente, dijo: que el mencionado Francisco Lopez falleció en tal dia, bajo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que en él dejó ordenado y le comunicó, se hizo en el siguiente su entierro en público; al cual asistieron el número completo de sacerdotes de su parroquia, en la que fué sepultado su cadáver, se celebró por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso; y por todo se pagaron los correspondientes derechos.

Quiso y encargó el otorgante que se dijesen por su alma é intencion tantas misas rezadas, su limosna á tres reales de vellon: y el otorgante, cumpliendo con su encargo, declara haber mandado celebrar tantas, y quiere que las restantes se digan en la parroquia, á la cual tocan, como cuarta parte de todas, pues esta fue la voluntad del difunto.

Quiso igualmente que para la conservacion de los santos lugares de Jerusalen, redencion de cautivos cristianos y demas mandas forzosas, se diesen tantos reales de vellon por una vez, y otros tantos á los reales hospitales de esta corte: y el otorgante, en observancia de su voluntad, manda que se les entreguen.

Por el preinserto poder mandó que si se encontraba una memoria firmada de su puño, ó escrita de él aunque no estuviere firmada, que contuviese cosas concernientes à su última voluntad, se tuviese por parte de este testamento, se protocolizase con él y se observase íntegramente su contesto; y el otorgante declara que sin embargo de haber registrado y reconocido ecsactamente sus papeles, no la halló ni tiene noticia de que la haya dejado.

Dió facultad al otorgante por el referido poder para mejorar á cualquiera de sus hijos en el tercio y remanente del quinto de sus bienes: y en uso de ella, y en virtud de lo que le comunicó, mejora en ellos á Josefa Lopez, su hija, de edad de seis años, para que respecto de no estar criada le sirva su importe de ayuda á su crianza, y cuando llegue el caso, para tomar estado, con la condicion de que el quinto se ha de deducir primero que el tercio con arreglo á la ley 214 del Estilo, agregarse su resíduo si lo hubiere al resto de la herencia, y de éste sacarse el tercio, y no en otros términos, pues esta fué la voluntad de su padre; y mediante no haberle consignado bienes para la mejora y care-

cer el otorgante de facultad para hacer su consignacion, lo omite.

Igualmente se la dió para elegir tutores de sus hijos menores con relevacion de fianzas ó como le pareciere: y usando de ell?, nombra por tutora y curadora de la prenotada Josefa Lopez á Maria Rubio, su madre, relevada de aquellas, para que la eduque y cuide de la conservacion de sus bienes; y en caso de que se vuelva á casar ó muera antes que la espresada su hija llegue á la pubertad, nombra por su tutor á Juan Fernandez su tio, vecino de esta villa; y por su prévio fallecimiento á Roque Rodriguez, persona de integridad y abono y de la propia vecindad, con la calidad de que estos han de afianzar á satisfaccion de la justicia; y suplica y encarga á los señores jueces ante quienes se presente testimonio de esta cláusula, aprueben y confirmen esta eleccion, y en su consecuencia los hayan por nombrados y les disciernan su encargo en la forma enunciada, pues el testador asi lo quiso y comunicó al otorgante, el cual lo declara para que conste y se observe inviolablemente su voluntad: y en cuanto à los demas hijos menores, mediante á no ser pupilos ni deber darles tutor testamentario por tener facultad de elegirlo por sí mismos, ni tampoco haberle comunicado el testador cosa alguna sobre ello, omite la eleccion.

(De esta suerte irà estendiendo el escribano las demas cláusulas hasta la conclusion del testamento, arreglándose el comisario al poder y á lo que el derecho permite al testador en lo que le haya comunicado; y si no se hiciere algo de lo contenido en el poder, espresará el motivo.)

Declaracion de pobre.

1774 En el nombre de Dios Todopoderoso. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Juan Perez, vecino de ella (*aqui se pondrà la naturaleza, filiacion, protestacion de la fé é invocacion de los santos como en el testamento, y luego proseguirá en esta forma*), declara: que por la calamidad é injuria de los tiempos se halla muy pobre, por lo que suplica al señor cura propio de tal parroquia, de donde actualmente es parroquiano, ó al de donde lo sea al tiempo de su muerte, mande enterrarle de limosna y haga por su alma todo el bien que pueda, pues asi lo espera de su cristiana piedad.

(Aquí podrá el testador hacer mandas, mejoras y todo lo demas que en el testamento, disponiendo y hablando de los bienes que pueda adquirir por si llega á tenerlos, y luego la cláusula de heredero en la forma siguiente, y á su continuacion la regular de revocacion de otras disposiciones testamentarias anteriores.)

Y por si en algun tiempo adquiriese y le tocaren algunos bienes muebles, raices, derechos y acciones por cualquier título, causa ó razon, instituye por sus universales herederos à Pedro y Josefa Perez, sus hijos legítimos y de María Hernandez, su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que deban heredarle, para que los perciban por su órden y grado segun su representacion, en la forma prescrita por derecho, con la bendicion de Dios y la suya.

Aceptacion de herencia.

1775 En tal villa á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que ha llegado á su noticia que Juan Lopez, su padre, falleció en tal parte y en tal dia, y dejó algunos bienes y deudas; y respecto ignorar à cuánto ascienden, para que en este caso no sea perjudicado ni esté obligado à mas de lo que importe la herencia, en la via y forma que mejor haya lugar en derecho, otorga: que acepta con beneficio de inventario y no en otros términos la herencia y bienes de su difunto padre, y en su consecuencia pide al señor juez de primera instancia de la referida villa, que la haya por aceptada y mande à los coherederos hagan inventario formal y tasacion de sus bienes sin ocultacion; y que á este fin elijan los tasadores prácticos é inteligentes que les pareciere, pues el otorgante se conforma desde ahora con ellos, y se obliga à estar y pasar por la que hicieren, sin impugnacion; y practicada que sea, protesta pedír en su vista lo que le convenga, y á ello quiere ser compelido por todo rigor de derecho, para lo cual da àmplio poder al citado señor juez de primera instancia, lo recibe por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, &c.

Repudiacion de herencia.

1776 En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Juan Lopez, su hermano, falleció en tal dia, bajo el testamento que había otorgado en tantos del mes y año, ante N., escribano, en que le instituyó por uno de sus herederos en atencion á no tenerlos forzosos; y mediante no convenirle la aceptacion de su herencia, para que ninguno de sus acreedores tenga que intervenir ni mezclarse con él en cosa alguna y evitar los gastos que se le pueden ocasionar, en la via y forma que mejor haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, otorga: que no quiere ser heredero del espresado su hermano, y por lo mismo repudia enteramente la herencia que por su muerte le puede tocar; desiste y se aparta del derecho que en virtud de su testamento tiene á ella, y lo cede, renuncia y traspasa en los otros coherederos, á quienes de la que sea, en mucha ó poca suma, hace gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos con las seguridades necesarias, y confiere ámplio poder para que sin su intervencion formalicen y hagan inventario, tasacion y particion del sobrante de sus bienes, deducidas deudas, del mismo modo que si el otorgante hubiera fallecido antes ó no hubiera sido instituido, pues por tal quiere que se le estime; que se apoderen y dispongan de ellos como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título, y que tomen la real tenencia y posesion que en virtud de este instrumento y testamento citado les compete; se obliga á no revocar ni reclamar total ni parcial-

mente esta renuncia, y si lo hiciere, á mas de no ser oido ni admitido judicial ni estrajudicialmente, sea condenado por el mismo caso en costas, y visto haberla aprobado y ratificado; dá ámplio poder á los señores jueces de esta villa para que le compelan à su cumplimiento, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida &c.

Nota. Si el que repudia la herencia es hijo ú otro descendiente legítimo del testador, mediante concederle la ley final del título 6, Partida 6, tres años, aunque sea mayor de veinte y cinco, para recuperarla despues de repudiada, para que quede privado de esta accion, la renunciará específicamente, y jurará no reclamar la renuncia: de esta suerte no tendrán recelo los coherederos de que intentará su recobro, bien que si deja hijos y muere antes que su padre, aunque la renuncia sea con juramento y se contente con lo que su padre le dió, no estarán obligados sus hijos á pasar por ella, y asi solo lo serán á traer á colacion y particion con sus tios lo que su padre recibió y llegó á poder de ellos; y si algo mas les tocaba, lo llevarán por consideracion de sí mismos, porque son herederos forzosos de sus abuelos, en cuyo derecho por ser propio, privativo y personalísimo suyo, no pudo su padre perjudicarles, como afirman los autores y se practica.

Licencia para testar.

1777 En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Fernando Lopez, su hijo legítimo, le ha suplicado que mediante ser el otorgante su heredero forzoso por testamento y ab intestato en caso de no dejar sucesion legítima ó natural, no necesitar sus bienes para mantenerse, y no permitirle la ley 6 de Toro disponer mas que del tercio de ellos en perjuicio de sus ascendientes sin su licencia, le conceda facultad para dejarlos todos á la persona que le parezca; y el otorgante, en atencion al mucho amor y cariño que profesa al citado su hijo y à tener caudal suficiente para su decente manutencion, y por otros justos motivos que le impelen, ha deliberado condescender con su súplica; y para que tenga efecto, en la mejor forma que por derecho haya lugar, de su libre y espontànea voluntad, otorga y concede ámplia licencia y facultad al espresado Fernando Lopez su hijo, para que disponga libre y enteramente por testamento, codicilo, cesion, donacion ó en cualquier otro instrumento entre vivos y por causa de muerte, de todos los bienes muebles, raices, efectos, derechos y acciones que ha heredado de su madre, abuelos paternos y maternos, tios y otros parientes y estraños, y de cuantos adquiriere desde hoy en adelante y puedan recaer en él por última disposicion, *ab intestato*, donacion ú otro contrato lucrativo ú oneroso por causa de presente y de futuro, sin restriccion, à favor de la persona ó personas que le pareciere, esheredando y escluyendo al otorgante de su sucesion en uno ú mas testamentos y contratos, usando de ellos y repartiéndolos á su eleccion, del mismo modo que si no tuviere ascendiente alguno, pues el otorgante quiere que para este caso se le tenga

por muerto. En este concepto desde ahora desiste y se aparta enteramente, como tambien á los demas sus descendientes, del derecho que á dichos bienes tiene y puede adquirir y pretender, escepto que su hijo muera intestado, y lo cede, renuncia y pasa para siempre à favor de tal persona ó personas, á las que constituye dueñas absolutas de todos, y como tales les confiere poder irrevocable, con libre, franca y general administracion, para que tomen de ellos la posesion que en virtud de la última disposicion ó contrato que el referido su hijo formalizare, les corresponda; y los gocen, vendan, cambien, enagenen y hagan de ellos lo que quisieren, como de cosa suya propia adquirida con legítimo y justo título, sin intervencion del otorgante, el cual á mayor abundamiento desde ahora para cuando llegue el caso les hace de ellos gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable, con insinuacion y todo lo demas que sea necesario para su validacion y firmeza: los constituye procuradores y actores de su misma causa y negocio: los pone en su lugar, grado y prelacion, con subrogacion en forma: y jura por Dios nuestro Señor y una señal cruz, que no revocará total ni parcialmente ni reclamarà esta licencia, poder y renuncia con pretesto de ser contrato celebrado entre padre é hijo, ni de tener mas descendientes, ni de ser leso y quedar privado y escluido de los bienes que de dicho su hijo podia heredar, ni con otro alguno, ni los contratos y últimas disposiciones que en su consecuencia se formalicen, aunque en ellos no se mencione ni inserte y por legales estatutos le sea permitido, mediante no necesitar los bienes de su hijo para su manutencion, como queda espuesto; y si lo hiciere, à mas de no ser oido ni admitido judicial ni estrajudicialmente, sea visto por el propio hecho haberla aprobado y formalizado con mayores vínculos y firmezas. Igualmente jura que de este juramento no tiene pedida ni pedirà absolucion ni relajacion à quien pueda concedérsela, y aunque *de motu propio* se le conceda, no usarà de ella, pena de perjuro y de incurrir en la de infamia y demas impuestas por derecho à los infractores de los juramentos solemnes; y que no lo tiene prestado de no hacer renuncias, cesiones ni donaciones, ni conceder licencias para testar, ni ha hecho protesta ni reclamacion contra ésta ni la hará, y si pareciere, la revoca y anula, y hace un juramento mas que relajaciones se le pueden conceder, para la mayor validacion y subsistencia de este instrumento y de los que en su virtud se otorguen, á cuya firmeza obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones, &c.

Nota. Los padres y demas ascendientes no solo pueden conceder por escritura, como la anterior, la licencia para testar à sus descendientes legítimos, sino en el propio testamento ó poder para hacerlo que otorguen, aprobàndolos, firmándolos, obligándose à no reclamarlos, como tampoco la licencia, y poniendo las demas cláusulas concernientes en los propios instrumentos, pues no basta que el escribano ó los otorgantes digan que se la conceden, antes bien es preciso que los mismos ascendientes lo digan y juren no revocarla, y lo firmen si saben ó un testigo por ellos, como si la dieran por escritura separada: lo que tendrà presente el escribano para evitar dudas y pleitos.

VARIOS PEDIMENTOS.

Pedimento de nulidad de un testamento en que el heredero escribió la institucion.

1778 F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que M. hermana legítima de mi parte, segun acreditan los documentos que asi mismo presento, instituyó por heredero universal á P. su marido en el testamento que otorgó ante B., escribano público y del número de esta ciudad, de que tambien presento copia testimoniada. Pero habiéndolo aquel dispuesto absolutamente por sí, con tal dolo y preocupacion que lo escribió de su puño, no puede dudarse que semejante disposicion testamentaria es nula y reprobada por derecho, ni de consiguiente que mi parte como hermano legítimo de M., debe sucederle en calidad de heredero ab intestato en todos los bienes y efectos que hubiesen quedado por su fallecimiento. En esta atencion:

A V. suplico; que teniendo por presentados los instrumentos referidos, se sirva declarar por nulo el espresado testamento, y en su consecuencia á mi parte por heredero ab intestato de M. su hermana, condenando à P. à que le restituya toda la herencia de esta, con los frutos, rentas y emolumentos que haya producido ó podia producir hasta hoy. Pido justicia y costas.=*Auto.*= Por presentado y traslado.

Pedimento de nulidad por desheredacion sin espresion de causa.

1779 F., en nombre de N., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que segun resulta de la partida de bautismo que tambien presento, mi parte es hijo legítimo de C. y D., quien en su testamento otorgado en tal dia y ante tal escribano que asimismo presento, instituyó por su único y universal heredero à P., hermano de mi parte, desheredando á este sin espresion de causa contra lo prevenido por derecho. Y mediante á que esta disposicion testamentaria, con arreglo á él, padece el vicio de nulidad:

A V. suplico, que habiendo por presentados dicho poder, partida y testamento, se sirva declarar éste por nulo, y á su consecuencia á mi parte por coheredero ab intestato con P., de los bienes y efectos de su padre. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Por presentados y traslado.

Pedimento para que un testamento nuncupativo se reduzca á escritura pública.

1780 F., en nombre de N., vecino de esta corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que T. del mismo vecindario, espresó á presencia de G., J. y S., que dejaba á mi parte por su único universal heredero, sentándolo en un papel y falleciendo bajo esta disposicion, segun acredita la cédula que presento. Y

conviniendo al derecho de mi parte corroborarla ó autorizarla para este ó aquel efecto:

A V. suplico, que habiendo por presentados los documentos referidos, me admita informacion de los testigos de la cédula, con citacion de los interesados, y evacuada aquella se sirva mandar se reduzca á instrumento público y protocolice en la forma ordinaria, dando á mi parte los traslados necesarios, y corroborándolo V. con su autoridad y decreto judicial. Pido justicia.=*Auto.*=Dé la informacion, y hecha, autos.

Pedimento de un heredero solicitando la posesion de los bienes hereditarios.

1781 F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa à mi poderdante, digo: que por muerte de B., que lo instituyó por único y universal heredero, segun acredita el testamento que asimismo presento, quedaron tales bienes suyos en estos ó aquellos sitios. Por lo que:

A V. suplico, que teniendo por presentados el poder y testamento, me admita informacion al tenor de este escrito, que ofrezco hacer *incontinenti*, y que dada en cuanto baste, se sirva mandar se le dé à mi poderdante la posesion ó cuasi posesion de los espresados bienes. Pido justicia.=*Auto.*=Por presentados: dé la informacion, y hecha, autos.

Pedimento de un tercero contradiciendo la posesion.

1782 F., en nombre de N., de quien presento poder, en los autos principales à instancia de N., sobre la posesion de los bienes y efectos que quedaron por el fallecimiento de B., contradigo en forma lo que por auto de tantos mandó V. darle, y digo: que en justicia se ha de servir, reponiendo el espresado su auto por contrario imperio ó como mas haya lugar, hablando debidamente, mandar dar à mi poderdante la posesion ó cuasi posesion de los referidos bienes, con recudimiento de frutos desde el dia de la muerte del mencionado B., pues asi es de hacer por lo que resulta de autos y ahora se espondrà (*se alega*). Por tanto:

A V. suplico que habiendo por contradicha la posesion, se sirva proveer como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Por contradicha, y traslado.

Pedimento solicitando la herencia un sustituto pupilar.

1783 F., en nombre de N., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: Que estando casado J. con A., y teniendo por su hijo único á T., de edad de diez y seis meses, otorgó testamento cerrado J., &c., bajo cuya disposicion falleció en tantos, ordenando que si su hijo infante muriese en la edad pupilar, le sucediera mi poderdante en todos los bienes, herencias y legítimas que le

perteneciesen, como primo hermano suyo, hijo de hermana del testador. Posteriormente fallecieron J. y dicho su hijo en la edad de veinte meses, quedando en cinta A, su madre, que dió á luz pasados ocho meses á C., hija póstuma de J., segun todo se acredita con el testamento y partidas de bautismo que asimismo presento, de lo cual procedió se introdujese á A. como madre y tutora de C. en todos los bienes y efectos pertenecientes á J., sin hacer diferencia segun debia, de la parte que tocó á T., en que mi poderdante como su sustituto pupilar debe suceder conforme á la voluntad del testador. En esta atencion:

A V. suplico que teniendo por presentados los referidos documentos, se sirva declarar pertenecen á mi poderdante los bienes y efectos que correspondan à T. en la particion que debe hacerse por fallecimiento de J., condenando à A., como madre y tutora de C., à que los entregue libremente à mi poderdante, con los frutos y rentas que hayan producido desde la muerte del testador. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

Pedimento de contradiccion por la hija póstuma.

1784 F., en nombre de A., vecina de esta ciudad, por sí y como madre y tutora de la persona y bienes de C., su hija, de quien presento poder, respondiendo al traslado que V. en proveido de tantos ha conferido à mi poderdante, de la demanda puesta por N., en que refiriendo, &c., concluye, &c., digo: Que sin embargo de cuanto espone y alega el contrario, V. en justicia se ha de servir declarar por nula la sustitucion pupilar hecha en el testamento de J. con perjuicio, de mi poderdante, madre indubitada del instituido heredero, ó al menos que aquella caducó por el nacimiento de C., heredera genérica é indistintamente de todos los bienes y efectos que quedaron por fallecimiento de su padre, acaecido el de T. su hermano; pues asi es de hacerse por lo que se va à esponer (*se alega*). Por tanto:

A V. suplico, que teniendo por presentado el poder, se sirva proveer, &c.=*Auto.*=Traslado.

Pedimento solicitando la subsistencia de un codicilo.

1785 F., en nombre de N., de este vecindario, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que despues de haber otorgado D. su testamento cerrado en tantos, ante E., escribano del número de esta ciudad, instituyendo á mi poderdante como á su hijo único por universal heredero y haciendo varias mandas, otorgó en el el dia tantos, pasado un mes, un codicilo ante E. mandando que cumplido su testamento distribuyese mi poderdante lo que sobrase del quinto en limosnas y obras pías á su voluntad, segun lo acreditan todos los documentos que asímismo presento. Pero con motivo de haber declarado el testador ante siete personas vecinas de esta ciudad, á los veinte dias de otorgada esta disposicion, que era su voluntad que se entendiera haber de ser entre sus parientes las limosnas y obras pías en que habia de distribuirse el quinto, ha ocurrido la novedad, acaecida la muerte

de D., padre de mi poderdante, de que R., S. y T., sus primos hermanos y únicos parientes conocidos, pretendan, no obstante ser notoriamente hacendados, se distribuya el quinto entre ellos dejando à los pobres defraudados é ilusoria la voluntad del testador, que no se revocó, por la que quiere conceptuarse voluntad suya en la clase de codicilo nuncupativo. En cuya atencion:

A V. suplico, que teniendo por presentados los documentos referidos, se sirva mandar se cumpla el único codicilo verdadero que otorgó D., padre de mi poderdante, en todas sus cláusulas, especialmente en la respectiva à la distribucion del quinto entre los pobres de su eleccion, apremiando en caso necesario á R., S. y T. á que pasen por la espresada voluntad sin hacer cosa en contrario. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

Pedimento para la satisfaccion de una manda á virtud de cierta cédula ó papel simple que se dice del testador.

1786 F., en nombre de N., de este vecindario, de quien presento poder en debida forma, ante V. como mas haya lugar, digo: Que M. vecino que fué de esta ciudad, confirió su poder para testar en tal dia á H., persona de conocida estimacion y crédito, sin que en aquel instrumento se hiciese espresion alguna de dejar el testador cédula, papel ó minuta, firmado ó por suscribir del mismo, en que hiciese legados, mandas ó cualquiera otra gestion, como se acredita de la propia disposicion que presento y juro; pero habiéndose sucesivamente hallado el papel simple, del que hago tambien presentacion, entre los inventariados por fallecimiento de M., sin firma ni fecha, escrito de puño y letra de F. L., cura pàrroco de la iglesia de... que asistió al testador en su última enfermedad, y entregó aquel á S., escribano que habia de otorgar el poder, cuando iba á hacerlo con la espresion precisa y categórica de que guardase el papel, pues despues serviria, no han podido mis partes lograr que hasta hoy R., heredero instituido por H., les haga pago de la cantidad de doscientos ducados que legó el testador por el insinuado papel. En esta atencion:

A V. suplico, que habiendo por presentados los referidos documentos, se sirva mandar que se protocolice con el testamento y tenga por parte de él el espresado papel, condenando en su consecuencia á R. al pago á mi parte de la referida cantidad de doscientos ducados.= Pido justicia, costas, y juro, &c.=*Auto.*=Traslado.

TITULO XXIII.

De las vinculaciones.

1787 Las leyes dadas en nuestros dias han hecho variaciones de gran consideracion en la materia de que vamos á ocuparnos en este título, y las recibirá aun mayores despues de sancionado el proyecto que el gobierno presentó al Congreso de Diputados, y que ha sido ya aprobado por éste con las enmiendas propuestas por la comision.

1788 Sin perjuicio de esponer cuanto en dicho proyecto se determina si llega á publicarse, como esperamos, antes de que se imprima esta parte de nuestra obra, y de decir lo que se halla dispuesto en el ùltimo decreto que ha restablecido las leyes de la anterior época constitucional, nos parece oportuno tratar, aunque ligeramente, de las vinculaciones segun estaban anteriormente constituidas, por ser aun hoy aplicable aquella legislacion á las sucesiones de la mitad de los bienes vinculados hasta que se estingan del todo. Por estas consideraciones hablaremos de los mayorazgos, patronatos y capellanías en las diversas secciones en que se dividirán este título y el siguiente, diciendo antes, que por *vinculacion de bienes* se entiende la sujecion de estos al perpetuo dominio de una familia ó de determinados sucesores, sin admitir division ni enagenacion.

SECCION I.

De los mayorazgos y principalmente de los regulares.

1789 Mayorazgo es la *vinculacion civil y perpetua de bienes en que se sucede con arreglo á la ley, á no ser que el fundador haya dispuesto distinto órden de sucesion.*

1790 En esta definicion se comprenden las dos principales clases de mayorazgos, á saber: *regulares*, en que se sucede segun el órden prescripto en la ley 2, tít. 15, Part. 2, que designa el modo de suceder en la corona de España; é *irregulares*, llamados tambien *de cláusula*, porque el fundador se aparta en la fundacion de aquel modo ordinario de suceder, estableciendo el que mejor le parezca.

1791 Por las cláusulas de la fundacion se conoce la clase á que pertenece cada uno de los mayorazgos: y aunque omitimos de intento poner las cláusulas de fundacion que trae Febrero para que sirvan de norte à los escribanos, porque está prohibido fundarlos en el dia, no queremos hacerlo de aquellas que sirven para conocer la clase de cada uno de los mayorazgos ecsistentes.

Seràn regulares los mayorazgos:

1.º Cuando la cláusula de su fundacion está concebida en estos términos: "constituyo mayorazgo de tales bienes, ó lego á mi hijo primogénito tales bienes para que los tenga y posea á título de mayorazgo."

2.º Cuando el fundador dice: "instituyo mayorazgo en favor de Fulano, y despues de él sucedan sus hijos y descendientes, prefiriendo el mayor al menor, y el varon à la hembra."

3.º Si está fundado en favor de un hijo ó consanguíneo mandando que despues de sus dias se suceda en él por línea ó de línea en línea.

4.º Cuando el fundador llama para obtener el mayorazgo á algun varon, y manda que despues de éste sucedan todos sus hijos y sus descendientes por línea recta.

5.º Cuando el fundador dice: «mando que en este mayorazgo se suceda por línea recta, ó constituyo mayorazgo á favor de mis hijos y descendientes por línea recta."

6.º Cuando el fundador por carecer de hijos quiere que al llamado por él sucedan despues sus parientes por línea recta.

7.º Cuando, aunque llame primero á su sucesion á algunos varones, manda que despues de ellos sucedan los que tuvieren su nombre y apellido ó los que fueren de su familia, ó dice que lo funda para la conservacion de su linage, ó para los que fueren de tal casa, prosápia, descendencia ó parentela: y en estos tres últimos casos se comprenden así los parientes paternos como los maternos del fundador: pero si dice que llama á sus consanguíneos de parte de padre ó por línea paterna, no se incluyen los de la materna.

8.º Cuando dice que sucedan en el mayorazgo su hijo Fulano, y despues su primogénito varon y los demas descendientes suyos varones.

9.º Si llamó à su hijo varon, y mandó que despues de él sucediese el hijo, legítimo heredero de éste.

10 Cuando el fundador tiene tres hijos ó mas varones y manda que el mayor suceda en el mayorazgo, despues el segundo y luego el tercero; en cuyo caso las líneas masculina y femenina del mayor se han de acabar primero que entren las del segundo, y las de éste antes que las del tercero.

11 Cuando hizo muchos llamamientos de varones y entre estos de alguna hembra ó hembras, ecsistiendo algunos otros varones agnados ó cognados, que podia nombrar y no nombró.

12 Cuando la hembra funda el mayorazgo; pues aunque llame á muchos varones no es visto haber querido escluir á las hembras con perjuicio de su propio seeso.

13 Si llamó á algun hijo, sobrino ó consanguíneo varon, y al hijo, nieto y bizuieto varones de cualquiera de aquellos, y mandó que así sucediesen todos sus consanguíneos, con el gravámen de llevar el nombre y apellido suyo y aun sus armas é insignias.

14 Cuando al principio hizo fundacion de agnacion rigorosa, y para el caso de que faltasen los agnados llamó despues generalmente á todos sus consanguíneos, ó indefinidamente á su pariente mas cercano; pues fenecidos los agnados espresamente llamados, cesa la agnacion, y el mayorazgo empieza à ser regular.

15 Cuando en la fundacion se encuentran cláusulas intrincadas ó repugnantes entre sí acerca de si el mayorazgo es regular, agnaticio ó de masculinidad; pues en caso de duda se ha de tener por regular.

16 Cuando el fundador instituye mayorazgo y llama á ciertos agnados, y despues de concluidos estos de nadie hace mencion; pues faltando los llamamientos del hombre entran los de la ley.

17 Cuando por costumbre de los poseedores se sucede del modo regular desde su fundacion en el mayorazgo cuya escritura no se encuentra; pues à falta de ella se ha de estar á la costumbre de suceder y al modo prescrito por la ley.

SECCION II.

De los mayorazgos irregulares.

1792 La irregularidad en los mayorazgos depende en un todo de la voluntad de sus fundadores. Los AA. sin embargo refieren varias clases de mayorazgos irregulares, á saber:

1.º De agnacion rigorosa.
2.º De agnacion fingida.
3.º De masculinidad nuda.
4.º De femeneidad.
5.º Electivos.
6.º Alternativos.
7.º Saltuarios.
8.º De segundo-genitura.
9.º Incompatibles.

1793 Mayorazgo de *agnacion rigorosa ó verdadera* es aquel en que con esclusion de las hembras se sucede de varon en varon.

Las cláusulas generales por que se distinguen de los demas, son las siguientes:

1.ª Cuando el fundador llama precisamente á su goze á los varones de varones, con esclusion espresa y perpétua de las hembras y de sus descendientes.

2.ª Cuando dice espresamente que funda mayorazgo agnaticio perpétuo para sus consanguíneos, ó que quiere conservar los bienes de él en su agnacion.

3.ª Si llama á alguno ó algunos de sus hijos, y si no los tiene, á sus sobrinos varones agnados.

4.ª Siempre que llamando á los agnados escluya espresamente á las hembras, mandando pasar el mayorazgo en defecto de descendientes varones á los agnados trasversales.

5.ª Cuando impone obligacion á la hembra de casar con un agnado, privándola sino del mayorazgo, y mandando que pase este á otra con la misma obligacion, y si no fuere cumplida, que pase al varon agnado mas cercano.

6.ª Cuando faltando la escritura de fundacion, suceden por costumbre los agnados, por la razon indicada en el número 1791 párrafo 16.

1794 No se considerará el mayorazgo de *rigorosa agnacion* si no consta espresamente la voluntad del fundador de escluir las hembras

y si no fuere así, no podrán ser escluidas por ninguna clase de presunciones, conjeturas ni argumentos, y siendo de mejor línea y grado, serán preferidas á los varones. (Ley 8, tit. 19, lib. 10, Novís. Recop.)

1795 Llámase mayorazgo de *artificiosa agnacion* aquel en que se sucede de varon en varon con esclusion de las hembras, haciéndose el primer llamamiento en un estraño, en un cognado ó en una hembra. Diferénciase del de agnacion verdadera por esta sola circunstancia.

El fundador que no teniendo varones agnados, queria conservar cierta especie de agnacion, fijaba la sucesion del primer llamado en sus hijos y descendientes varones de varones, ya fuese este cognado, ya estraño, ya hembra.

1796 El mayorazgo de *masculinidad pura* es aquel á que son admitidos únicamente los consanguíneos varones del fundador, sean agnados ó cognados, y procedan de varones ó hembras.

1797 Se considerará de masculinidad el mayorazgo en los siguientes casos:

1.º Si el fundador llama á algun varon, y manda que en lo sucesivo sucedan sus hijos y descendientes varones, porque quiere que el mayorazgo sea para estos y no para hembras.

2.º Cuando habiendo llamado alguno ó algunos varones, manda que no sucedan hembras mientras haya de aquellos.

3.º Siempre que el fundador escluye á las hijas de los poseedores, y quiere que el mayorazgo pase al varon mas inmediato.

4.º Cuando habiendo llamado á algunos varones, manda que su mayorazgo pase siempre de un varon á otro varon.

5.º Cuando el fundador que no tiene agnados, hace muchos grados de sustituciones en los varones sin hacer espresion de las hembras.

6.º Cuando teniendo agnados y cognados, llama primeramente á varones de estos, alternando siempre entre unos y otros, y sus hijos y descendientes varones.

7.º Cuando el fundador impone al poseedor alguna obligacion que no puede ser desempeñada por mugeres.

8.º En el caso de que fundado un mayorazgo de agnacion rigorosa, quisiese el fundador que concluidos los agnados sucediesen los demas varones consanguíneos suyos; pues entonces, estinguida la agnacion, es el mayorazgo de pura masculinidad.

1798 El mayorazgo de femineidad, que tambien se llama de contraria agnacion ó masculinidad, es aquel á cuya sucesion son llamadas solo las hembras. Puede ser de dos clases: de femineidad propia, y de impropia. En el primero escluye el fundador de la sucesion á todos los varones absolutamente, y manda que lo posean siempre las hembras de su familia; y si prohibe que puedan obtenerlo las hembras de varones, se llama de contraria agnacion; pero en el caso de admitir á las hembras de varones, se le dá el nombre de contraria masculinidad. En el de femineidad impropia solo son escluidos los varones en el caso de que el poseedor tuviere hijas.

1799 Se dá el nombre de mayorazgo electivo á aquel en que el último poseedor tiene facultad para designar la persona que ha de sucederle, con tal que la designacion se haga en un pariente del fundador.

1800 Los poseedores del mayorazgo electivo deben observar para la eleccion las reglas siguientes:

1.ª Que la facultad que se les concede, se limita precisamente á los consanguíneos, y teniendo hijos, á estos; á menos que el fundador diga lo contrario. Como consecuencia de esta regla se tiene por elegido el primogénito del poseedor en caso que este no hiciera la eleccion.

2.ª El elector no debe escederse de las facultades concedidas por el fundador, y si se escediese, será nula la eleccion.

3.ª La facultad de elegir sucesor del mayorazgo es personal, y como tal no puede ser cedida, ni delegada ni trasmitida á los herederos.

1801 Mayorazgo alternativo es aquel á cuya sucesion llama el fundador á su hijo primogénito por los dias de su vida, y despues de ellos al segundo por los suyos, y asi sucesivamente, alternando un hijo de la línea del primero con otro de la del segundo, ó á falta de este, con otro de la del tercer hijo; ó para cuyo goce llama á uno de una línea para que lo posea por sus dias, y fenecidos, á otro de otra, ó á otros de otras, y estinguidas estas, retrocede sino hay mas líneas, y manda que entre los que ecsistan se alterne siempre por este órden, porque no quiere que se perpetúe en una ó mas, sino que pase á todas las llamadas por el órden de llamamiento hasta que no quede mas que una.

1802 El mayorazgo saltuario ó de hecho es aquel en el que se atiende solo à la mayor edad ó à alguna otra circunstancia de preferencia, y no á la razon de primogenitura ni á la línea del primogénito.

1803 Este mayorazgo no se rige por las leyes de los demás, sino por la causa que ha movido al fundador para llamar á ciertas personas, que sean preferidas, teniendo las circunstancias prescritas en la fundacion. Se llama saltuario porque en su seccion se va saltando y pasando de línea en línea, y saltuario de hecho porque solo se busca para la sucesion el hecho en que el fundador quiso que estribase la preferencia, y porque no tiene lugar el derecho de representacion ni la regla para las sucesiones intestadas.

1804 El mayorazgo de segundo-genitura es de dos maneras: de segundo-genitura propia, y de impropia. El de segundo-genitura propia es aquel á cuya obtencion y goce son llamados espresa y perpetuamente en el órden sucesivo los hijos segundos del segundogénito, de tal suerte que, muerto el poseedor, pasa siempre la sucesion, no á su hijo primogénito aunque no tenga ni espere tener otro mayorazgo, sino al segundo; y así en todos tiempos y vacantes.

1805 Es tan rigoroso el órden de suceder en estos mayorazgos, que si el segundogénito no lo hubiera obtenido á la muerte del primogénito, no pasará ya à aquel, sino al hijo tercero; y si no lo tuviere el poseedor, à otra línea del último que lo obtuvo.

1806 El de segundo-genitura impropia es aquel que al principio fué fundado en favor del hijo segundo, porque el primogénito tenia ó esperaba tener pronto otro ú otros mayorazgos, pero despues del primer llamado fueron por el órden regular los demas hijos y descendientes suyos.

Este mayorazgo solo es de segundo-genitura en el primer poseedor, pasando á ser regular en los posteriores.

1807 Tambien podrá llamarse mayorazgo de primogenitura im-

propia el en que, sucediendo los segundogénitos, no son escluidos los primogénitos siendo hijos únicos.

1808 Seràn del mismo modo de segundo-genitura impropia los que solo pueden dejar de poseer los primogénitos en el solo caso de obtener otros mayorazgos, y si fuesen únicos, pasan al segundo de otra línea.

1809 El último de los mayorazgos irregulares es el *incompatible*, llamado asi porque en su institucion prohibe el fundador que lo posea el que tenga otro, ya sea absolutamente, ya porque el que se obtiene es de idéntica naturaleza; bien por no poder cumplir con las condiciones de ambos, bien porque el fundador no quiere que goce de otro el que posee el suyo.

1810 La incompatibilidad en los mayorazgos no es otra cosa que cierta voluntaria prohibicion puesta en su principio por el instituyente ó por la ley, que impide para siempre el curso de muchos en un mismo poseedor. Es de varias clases:

1.ª *Legal*, establecida por la ley, que prohibe se unan por razon de matrimonio dos mayorazgos de los cuales tenga el uno al año 58,823 reales de renta, y que pasen á un solo hijo, sino que se dividan, dando al primogénito la eleccion para que tome el que quisiere, y pasando el otro al segundogénito; y á falta de éste, à las hijas, y si no las hubiere, á los hijos del primogénito. (Ley 7, tít. 17, lib. 10 Novísima Recopilacion.) A pesar de lo dispuesto en esta ley, se han unido por razon de matrimonio mayorazgos cuyos réditos escedian la cantidad de que en ella se habla.

2.ª *Por el fundador*, cuya voluntad es que aquel mayorazgo no se posea con otros. Esta incompatibilidad puede ser de dos clases: *espresa*, cuando el fundador determinase que tal ó cual mayorazgo sea incompatible: *tacita*, que se infiere de dichos, hechos, condiciones ó cargas puestas por el fundador en su última voluntad ó en contrato entre vivos, aunque nada diga espresamente de incompatibilidad. La incompatibilidad por el fundador puede ser tambien *absoluta y respectiva*, en la *adquisicion* y en la *retencion*. *Absoluta* es aquella que indistintamente se opone à la union de un mayorazgo con otro, de cualquier clase que sea. *Respectiva* la que solo impide que el mayorazgo que se funda, se una con ciertos y determinados, sin escluir à los demas. En *la adquisicion*, es la que prohibe que un mayorazgo pase al que obtiene otro. En *la retencion*, es la que impide que el poseedor de un mayorazgo posea el nuevamente fundado mientras conserva aquel.

3.ª *Lineal*, por la que se escluye de la obtencion de un mayorazgo á la línea que posee otro.

4.ª *Personal*, que solo tiene relacion á la persona que posee otro mayorazgo.

SECCION III.

De las reglas de los mayorazgos.

1811 Las reglas generales de los mayorazgos son aplicables á los regulares é irregulares, escepto en aquellos puntos singulares y carac-

terísticos en que estos se separan de aquellos: por esta razon hablamos de ellos despues de haberlo hecho de toda clase de mayorazgos.

1812 En los mayorazgos sirven las reglas de que vamos á ocuparnos, para la decision de los litigios que pudieran suscitarse entre las personas que se crean con derecho á poseerlos. Las principales son las siguientes:

1.ª Todo mayorazgo se considera regular en caso de duda y mientras no se pruebe lo contrario, y en todos se debe suceder segun el órden prescrito para la sucesion á la corona de España por la ley 2, tit. 15, Part. 2.

2.ª Los mayorazgos por su naturaleza son indivisibles, porque el fin principal de estos es para conservar la memoria y lustre de la familia, lo cual no podria verificarse si se dividiesen.

Se esceptúa de esta regla general el caso en que nacieren dos varones ó dos hembras de un parto, y en tales circunstancias no se pudiera averiguar cual de ellos habia nacido el primero; pues entonces el mayorazgo y demas derechos de primogenitura se dividirian entre los dos.

3.ª La sucesion en el mayorazgo es perpétua en todos aquellos que vienen de la familia del fundador; y acabada la línea del primogénito se pasa á la del segundogénito, y en defecto de éste á la del tercero, y asi sucesivamente, debiendo ser preferidos á los demas los que están en la línea recta del fundador.

4.ª Los bienes de mayorazgo son por su naturaleza inenagenables.

Esta regla no tiene lugar en el caso de que el Rey conceda facultad para enagenarlos por ecsigirlo asi la causa pública, ó la necesidad ó utilidad del mismo mayorazgo. La real licencia no se concede sino con conocimiento de causa y citacion del inmediato sucesor.

De esta regla nace tambien que los bienes de mayorazgo no pueden prescribirse sino por tiempo inmemorial, segun opinan los autores, en cuyo caso se presume que concurrió la licencia del Rey y todo lo necesario para la enagenacion.

5.ª En la sucesion de los mayorazgos se han de tener presentes cuatro cosas, que son: la línea, el grado, el secso y la mayor edad. El que es de mejor línea, entendiéndose por mejor la del último poseedor, debe ser preferido á los demas. En igualdad de líneas se atiende al grado, esto es, se prefiere el mas próximo pariente del último poseedor, no del fundador, con esclusion de los mas remotos. Siendo de la misma línea y grado, se atiende al secso, y el varon es preferido á la hembra. Finalmente, habiendo igualdad de línea, grado y secso, se atiende á la mayor edad.

Para la mejor inteligencia de esta regla debemos decir, que en la sucesion de los mayorazgos tiene lugar la representacion no solo en la línea recta, sino tambien en la trasversal, y que los hijos ocupan siempre el grado y lugar de sus padres, sino es que el fundador determinase lo contrario con palabras claras y literalmente en la fundacion, sin que basten presunciones, argumentos ni conjeturas por mas claras y evidentes que sean. (Ley 9, tít. 17, lib. 10, Novis. Recop.)

Lo dispuesto en la citada ley 9, debe entenderse de los mayorazgos fundados despues del 15 de abril de 1615, desde cuya fecha tam-

poco se consideran escluidas las hembras, á no constar claramente y de una manera terminante que el fundador quiso escluirlas, no bastando para hacerlo ninguna clase de presunciones. (Ley 8, tít. 17, libro 10, Novis. Recop.)

6.ª Los hijos legítimos, aunque sean de matrimonio putativo en que uno de los cónyujes ó ambos ignoren el impedimento que tenian (leyes 16, 17, 18, 19, tít. 17, lib. 10, Novis. Recop.), y los legitimados por subsiguiente matrimonio desde el instante de su legitimacion, son los llamados únicamente à la sucesion del mayorazgo. Si el padre tuviere antes de la legitimacion un hijo legítimo de menor edad que el legitimado, aquel será preferido á éste, porque habiendo adquirido el legítimo por su nacimiento el derecho de primogenitura, no debe ser privado de él, ni la legitimacion debe retrotraerse en su perjuicio. (Ley 1, tít. 13, Part. 4.)

Los legitimados por rescripto del príncipe y los hijos naturales solo son admitidos cuando el fundador los llama espresamente; si no lo fueren, son preferidos á ellos todos sus parientes.

Los hijos adoptivos estan enteramente escluidos de esta sucesion.

7.ª La procsimidad de parentesco, por cuya razon se sucede en los mayorazgos, se ha de considerar respecto del último poseedor, y no del fundador.

Esta regla tiene tambien lugar en los laterales, pero solo en el caso que el mas prócsimo del poseedor fuese de los parientes del fundador, pues á estos solos pertenece la sucesion en los mayorazgos.

8.ª En los mayorazgos solo se sucede al fundador por derecho hereditario, y al último poseedor por derecho de sangre.

Dos son las consecuencias de esta regla:

1.ª Que el primogénito del último poseedor no puede ser privado del mayorazgo aunque su padre le desherede.

2.ª Que el poseedor deberá pagar todas las deudas contraidas por el fundador, si la fundacion hubiese sido revocable; pero no las contraidas por sus antecesores, á no ser que lo hubieran sido en utilidad del mayorazgo.

9.ª El sucesor inmediato del mayorazgo adquiere su posesion por ministerio de la ley, muerto el último poseedor, sin ningun acto de aprehension, aunque algun otro la hubiere tomado anteriormente, ó el mismo tenedor se las haya dado. Los autores llaman á esta posesion *civilísima*, y afirman que tiene lugar aunque el sucesor ignore su derecho, ó sea infante, furioso, mentecato ó póstumo.

Tambien aplican esta doctrina á los mayorazgos fundados sin real licencia, y á la cuasi posesion de las cosas incorporales.

10.ª Todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieren en las cosas de mayorazgo, ya labrando, ya reparando ó reedificando en ellas, son del mismo mayorazgo, y pasan al sucesor sin que tenga obligacion de dar parte alguna del precio de dichos edificios ni á las mugeres de los que los hicieron por razon de gananciales, ni á sus hijos ni herederos. (Ley 6, tít. 17, lib. 10, Novis. Recop.)

|| Esta disposicion ha parecido inícua é injusta á muchos autores, aunque otros la han defendido como fundada en razones muy sólidas, y la han hecho estensiva á toda clase de mejoras hechas en los bienes

de mayorazgo, y no solo en los edificios de los que habla la ley. Como su uso ha de ser ya muy poco frecuente, no queremos detenernos en esplicar los fundamentos de las distintas opiniones acerca de este punto; pero no podemos menos de decir que nos inclinamos á la de aquellos que limitan su doctrina á las mejoras hechas en los edificios, sin que tenga lugar en los demas bienes vinculados, porque hablando solo la ley de una especie de mejoras, hubo de querer escluir de su disposicion todas las demas; y aun añadiremos que la estension que se le ha dado por algunos intérpretes, ha sido muy funesta en general para la agricultura y el Estado, y en particular para los hijos segundos de los vinculistas. Asi lo conoció nuestro célebre jurisconsulto Jovellanos en su informe sobre la ley agraria, en que se queja de la estension dada á la ley por los comentaristas. Sin querer nosotros tratar de la justicia ó injusticia, ni del fin político que se dice tuvieron los legisladores, creemos que pudo haberse tomado un medio, que conciliase los intereses de los mayorazgos con los de las familias de los que hiciesen mejoras en ellos; tal es el que propone con mucho juicio en su erudita nota el reformador de Febrero de constituir censos de una utilidad perpétua y duradera con el capital del importe de las mejoras, á favor del mejorante, su muger y herederos. Asi lo hicieron para los mayorazgos de Navarra las Córtes celebradas en los años de 1817 y 18 en aquel reino, cuya ley 53 dice: "Item; que los poseedores de mayorazgos que hagan en los bienes vinculados mejoras que aumenten sus productos, puedan deducir su importe, quedando á favor de los mismos como capital redituable al rédito corriente el importe de dichas mejoras, sobre las mismas fincas vinculadas." ||

11.ª En los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad del fundador, ó lo que es lo mismo, la voluntad del fundador es la primera ley de los mayorazgos.

Se infiere de esta regla:

1.º Que los fundadores pueden obligar á los poseedores de los mayorazgos, aun con la pérdida de ellos, al cumplimiento de todas aquellas condiciones posibles y honestas que juzgaren conveniente imponerles en la fundacion.

2.º Que las clases de los mayorazgos irregulares pueden ser innumerables, segun lo dicho en el número 1792.

SECCION IV.

De los modos de probar que los bienes son vinculados.

1813 El órden natural ecsigia que tratásemos ahora de las personas que podian fundar mayorazgos, de los bienes de que se fundaban, de sus agregaciones y de cuanto dice relacion á estos puntos; pero como en adelante no han de tener aplicacion alguna y quedan derogadas todas las leyes que tratan de estas materias, nos ha parecido conveniente omitirlas. No lo hacemos asi con respecto á la de esta seccion, porque aun puede tener lugar en las sucesiones de la mitad, que segun las leyes vigentes ha de pasar á los inmediatos sucesores.)

1814 Puede probarse que los bienes son de mayorazgo:

1.º Por las escrituras de su institucion y la licencia ó facultad impetrada para ella.

2.º Por testigos idóneos y fidedignos que depongan contestes del tenor de dichas escrituras.

3.º Por costumbre inmemorial é inconcusa que acredite que los obtuvieron sus poseedores como de mayorazgo, esto es, que los hijos mayores de legítimo matrimonio y sus descendientes legítimos sucedian en ellos como vinculados, y que aunque el poseedor dejase otros hijos legítimos, nada les daban los mayores de dichos bienes ni de su equivalente.

Para justificar esta costumbre se han de presentar testigos de buena fama, que digan haberla visto practicar por espacio de cuarenta años y oido decir á sus mayores y mas ancianos, quienes tambien lo habian visto y oido de sus antepasados, sin cosa en contrario, y que todo ello es pública voz y fama entre los vecinos y moradores de la tierra donde están situados los bienes. (Ley 1, tit. 17, lib. 10, Novísima Recopilacion)

"Esta ley no escluye otro género de pruebas que puedan hacerse para acreditar la vinculacion de los bienes." (*Nota del reformador de Febrero.*)

Las pruebas de que habla la ley citada no son suficientes para hacer constar la propiedad de los bienes vinculados, sino solo su vinculacion, pues la propiedad se ha de acreditar con otros títulos de adquisicion.

1815 Aunque hemos indicado al principio de esta seccion que no era necesario hablar de las agregaciones á los mayorazgos, esto debe entenderse en cuanto á los modos de verificarlas y bienes que pueden agregárseles, pues de las agregaciones hechas anteriormente es indispensable indicar algo, porque estas siguen en un todo á los mayorazgos, como parte de ellos.

La agregacion hecha á un mayorazgo pudo ser perpétua ó temporal. La temporal era aquella por la cual se incorporaban ciertos bienes al mayorazgo ó para que los poseyesen los descendientes de cierta línea, concluida la cual se hacian libres, ó para que estuviesen unidos al mayorazgo por cierto tiempo, y pasado este, quedase la libre facultad de disponer de ellos al que los poseia.

Esta clase de agregacion cesa cumplido el tiempo por que se hizo, y cesará en el dia del mismo modo que las perpétuas en caso de no haber llegado.

Las agregaciones perpétuas se hacian para que siempre formasen parte del mayorazgo, ya por voluntad de aquellos que las hacian, ya porque el fundador imponia á algunos esta obligacion. No es necesario que nos detengamos á manifestar las razones que los fundadores de mayorazgos tenian para hacer ó mandar á otros que hiciesen estas agregaciones; solo creemos oportuno tratar del modo de probarlas en juicio, para el caso de que sea necesario que la mitad pase á los inmediatos sucesores de los actuales poseedores.

Podrán pues probarse en juicio las agregaciones hechas á los mayorazgos:

1.º Con instrumento público de alguna disposicion entre vivos ó

por causa de muerte, en que conste que el mismo fundador, despues de formalizada la fundacion, ó algun poseedor ú otra persona la hizo.

2.º Con testigos fidedignos, los que en caso de haberse perdido ó quemado el instrumento, depongan contestes haberlo visto y leido y que contenia la agregacion.

3.º No habiendo instrumento ni testigos, se podrá probar con otras escrituras otorgadas por quien hizo la agregacion, en que se esprese haber agregado al mayorazgo tales bienes, ú otorgadas por sus poseedores, en las que se hable de la agregacion y se diga que se poseyeron aquellos como agregados y vinculados.

4.º A falta de los tres medios espuestos, con la justificacion de que los poseedores del mayorazgo los tuvieron por agregados y vinculados, aunque no sea por tiempo inmemorial, y que por esta causa no se dividieron nunca entre los herederos de cada uno.

Siempre que por alguno de estos medios se pruebe la agregacion de bienes al mayorazgo, surtirá los efectos siguientes:

1.º Que los bienes agregados sean parte del mayorazgo á que se agregan, y sigan regularmente su naturaleza, órden, modo y forma.

2.º Que para reinvindicarlos competa al poseedor la misma accion que para la recuperacion y obtencion del mayorazgo.

3.º Que si alguno mueve pleito sobre la sucesion ó posesion del mayorazgo y obtiene sentencia favorable, aunque nada se esprese en esta acerca de los bienes agregados por distintos poseedores ú otros, se pueda ejecutar respecto á ellos del mismo modo que con respecto á los demas.

4.º Que así como por muerte del poseedor se trasfiere *ipso jure* en el siguiente en grado la posesion civil y natural de estos, asi tambien la de aquellos.

5.º Que si el poseedor hubiera impuesto censo con real permiso sobre los bienes del mayorazgo, quedaron tambien obligados los agregados, aunque no los hipotecase espresamente ni hubiera hecho mencion de ellos.

SECCION V.

Del órden de suceder en los mayorazgos.

1816 Debe tenerse presente en esta seccion cuanto hemos dicho acerca de la consaguinidad, líneas, grados y computacion de los mismos tanto por derecho canónico como por el civil en los números 135 y siguientes hasta el 39 inclusive. Aunque las líneas son solamente dos, como hemos dicho (núm. 135), los autores que tratan de los mayorazgos dan diversos nombres á las que contemplan mas esenciales en ellos. Nosotros creemos que lejos de ser útiles tantas divisiones sirven mas para introducir confusion que dar claridad á la presente materia, y por lo mismo no juzgamos conveniente hablar de ellas, aunque sí haremos de la esplicacion del árbol genealógico que trae Febrero, y que unido á la tabla que del modo de computar los grados hemos formado, se colocará al fin de este segundo tomo.

1817 En la sucesion de los mayorazgos se ha de seguir la computa-

cion civil, no mandando su fundador otra cosa; porque el acto de heredar es puramente civil, temporal y profano, y sujeto á las leyes de la potestad secular, las cuales tocante á suceder en bienes temporales se han de observar esactamente, sin atender al derecho canónico.

Habiéndose pues de computar los grados segun las reglas prescritas en los números citados, ténganse presentes para la inteligencia del árbol genealógico las observaciones siguientes:

1.º Que los números que están al lado de cada casilla, no tienen otro objeto que el de que en caso de disputa, se venga en pleno conocimiento de los litigantes, y se pueda contar con facilidad desde cada uno al tronco ó fundador ó al último poseedor, por lo cual no deben tenerse como grados

2.º Los sugetos puestos al lado derecho (que es el de los números 3 y 4, aunque mirando al frente es el izquierdo) son mayores en edad, y por consiguiente la línea predilecta, y asi se deberán poner siempre; y á los menores en el siniestro, por órden de su nacimiento en todas las líneas; y á los que tengan iguales grados, en seguida, en frente unos de otros segun se figura.

3.º Si se hace algun árbol solo para saber la descendencia, parentesco y mayoría de edad, se deben poner por el órden del nacimiento asi los varones como las hembras de cada línea sin distincion: pero si es para algun litigio sobre mayorazgo que no sea de femineidad, deben estar en mejor lugar, por el órden espuesto, los varones, aunque hayan nacido hembras interpoladas entre ellos ó antes, porque como son llamados primero á su obtencion deben ocupar el lado principal.

4.º Si el fundador del mayorazgo ó alguno ó algunos de los sucesores se casáran dos ó mas veces, se han de enlazar las casillas, y de cada matrimonio ha de salir su descendencia, del modo que se figura en los dos ángulos ó estremos superiores del árbol.

5.º Los números que van dentro de las casillas del fundador y de su posteridad, se han puesto con el único fin de distinguir á esta de las demas que incluye el árbol, pues á no ser por este motivo no se hubieran puesto mas que los colaterales que llevan todas las casillas, segun se acostumbra; por cuya razon, y porque la casilla del fundador hace centro, se ha distinguido, y asi no se debe tener por otra familia distinta, sino por una misma que desciende por línea recta del número 1, y concluye en el 35.

6.º Aunque algunos en la formacion de árboles ponen el tronco abajo y de él suben naturalmente por su órden las ramas, se ha formado por el contrario este árbol para que se conozca mejor, siguiendo la costumbre de esta corte.

7.º Si alguno tiene parentesco doble por haberse casado algun ascendiente suyo con sobrina suya, parienta ó descendiente del fundador, se ha de tirar desde la casilla del tal ascendiente á la de la hembra una linea sutil (que llaman oculta) ó se ha de duplicar y enlazar la casilla de ella con la suya, espresando dentro ó á su margen ser la misma puesta en la otra línea, para que se conozca; y los pretendientes y último poseedor se han de distinguir con alguna señal de los demas, como en el fundador.

8.º Si alguno de los pretendientes ó el sugeto de donde dice que

proviene, no prueban su parentesco con el fundador ó se duda de él, no se ha de unir y enlazar su casilla con la otra de la persona con quien solicita emparentar, sino que ha de dejarse suelta sin enlace alguno.

|| Despues de estas prevenciones solo nos resta hacer breves observaciones sobre el modo de suceder en los mayorazgos.

1.ª En los regulares sucede la línea recta hasta su estincion sin pasar á otra, y entra el pariente mas propíncuo, contándose la procsimidad desde el último poseedor, de manera que hasta que se acaban todas las personas de la línea de éste que tengan con él parentesco mas cercano por parte del fundador, y no ecsista ninguna de la línea directa, no puede entrar en la sucesion del mayorazgo otra, aunque ésta tenga con el fundador parentesco mas inmediato. Así, al número 15 del árbol, fundador, sucederá el 20; á éste el 29, al cual seguirá el 34, y solo en el de faltar la sucesion directa en esta línea podrian entrar á poseer el mayorazgo el número 30 y sus hijos, y á falta de estos el 31 y los suyos.

Habiéndose de concluir los mayorazgos, algunos en los actuales poseedores y todos en sus inmediatos sucesores, es inútil que nos estendamos mas sobre este asunto.

2.ª En los mayorazgos irregulares se variará el órden de suceder segun lo prescriban sus fundadores, y si son de las varias clases de que hemos hablado en el número 1792, deben tenerse presentes las observaciones hechas al tratar de cada uno de ellos. No es fácil poner ejemplos de todos, ni lo juzgamos necesario. ||

3.ª Pueden suceder en el mayorazgo el clérigo, el sordo mudo, el loco, el mentecato y el ciego, no habiéndoselo prohibido espresamente el fundador.

Se esceptuaban de esta regla los mayorazgos que tenian aneja jurisdiccion.

SECCION VI.

De las obligaciones del poseedor del mayorazgo, y causas por qué se pierde.

1818 Los poseedores de mayorazgos estan obligados á cumplir las condiciones posibles y honestas que se hayan inpuesto en la fundacion; y no cumpliéndolas, lo perderà aunque sea el primogénito y primer llamado à su obtencion, y pasará al siguiente en grado, disponiéndolo asi el fundador. (Leyes 5 y 6, tit. 4, Part. 6.)

1819 Los poseedores del mayorazgo deben hacer inventario formal de todos sus bienes y papeles al tomar posesion de él, y repararlos y conservarlos con su producto.

1820 Lo mismo deben hacer los herederos del ùltimo poseedor de las líneas espresamente llamadas, si por culpa de este se aniquilaron y deterioraron, siendo el mayorazgo perpétuo.

1821 El poseedor del mayorazgo que deterioró ó dejó perderse alguna ó algunas de sus fincas, no puede compensar en todo ni en parte la pérdida ó la deterioracion con las mejoras hechas en otras suyas,

pues la compensacion debe hacerse de crédito con crédito, y por las mejoras no tiene ninguno contra las fincas, porque ceden al suelo (1) y las disfrutó; pero el sucesor tendrá accion contra sus bienes para conseguir dicha indemnizacion, á menos que el poseedor hubiese constituido obligacion hipotecaria de resarcirlos; pues entonces será graduado en el concurso de acreedores en el lugar que como hipotecario le corresponda.

"Si las fincas del mayorazgo hubiesen padecido alguna pérdida, desmejora ó deterioro, los herederos del último poseedor tendrán obligacion de resarcirlo, aunque este no hubiese tenido culpa alguna en él, si los gastos fueren cortos; pero siendo grandes ó escesivos, solo deberán abonarse cuando haya habido en el último poseedor no solamente dolo ó culpa lata, sino tambien leve, y no levísima: pues que habiéndose instituido un mayorazgo por favor de todos los llamados á él, tiene lugar la regla de que cuando se ha hecho una disposicion en favor de dos ó muchos, sea responsable cualquiera de ellos por la primera de dichas culpas y no por la segunda. Al arbitrio del juez, queda atendida la cualidad de las cosas y personas, el calificar de grandes ó pequeños los gastos. Pero si el poseedor por su negligencia ó mal gobierno deterioró algunas fincas vinculadas y mejoró otras, es muy justo y equitativo que se compense la mejora con el daño, mayormente cuando de no hacerse asi podria ceder en perjuicio del mismo mayorazgo, puesto que los poseedores se retraerian entonces de hacer mejoras en los edificios y terrenos vinculados." (*Nota del Febrero reformado.*)

1822 Los poseedores de mayorazgos no estan obligados á dar caucion á los sucesores inmediatos de restituir los bienes vinculados sin desfalco ni deterioro, á menos que los disipen ó empeoren. (Gomez, ley 40 de Toro.)

1823 Deberán los poseedores de un mayorazgo pagar todos los censos, pensiones, tributos y cargos reales, que deben satisfacerse anual y perpétuamente de los bienes vinculados, ya los hubiese impuesto el fundador, ya alguno de los poseedores anteriores con facultad real; lo cual procede aun en las pensiones correspondientes á dichos poseedores.

1824 Las espensas hechas para utilidad del mayorazgo, si son de poca entidad, debe pagarlas el poseedor; pero si son grandes, deberán satisfacerse del mismo mayorazgo: por lo cual se ha concedido á veces real facultad para hipotecar los bienes vinculados, ú obligarlos con pensiones anuales, por haberse hecho gastos considerables en pleitos sobre mayorazgos.

1825 Está finalmente obligado el poseedor de un mayorazgo á suministrar alimentos á sus hermanos pobres, y á dotar á sus hermanas. (Molina, lib. 1, cap. 27.)

1826 El poseedor del mayorazgo puede perderlo:

1.º Por haber incurrido en infamia de hecho ó de derecho.

2.º Por ingratitud.

3.º Por disipacion de todas ó parte de sus fincas, si el fundador lo manda espresamente.

---

(1) Véase lo dicho en la nota al número 1812, regla 16.

4.º Por haber cometido alguno de los tres delitos esceptuados (que son, lesa magestad, divina y humana, sodomía y heregía), aunque el fundador no lo mande.

1827 La pena de estos delitos se estiende á los hijos de los delincuentes procreados despues de la perpetracion. (Ley 6, tít. 27, Part. 2.)

|| La ley 2.ª, tít. 2, Part. 7, que impone á los hijos de los traidores la pena de infamia y la de no poder herederar ni percibir mandas, debe entenderse solamente de los que vivian al tiempo de la traicion, si se consideran estas palabras: "*Pero las fijas de los traidores bien pueden heredar fasta la cuarta parte de los bienes de sus madres. Esto es porque non debe ome asmar* (pensar) *que las mugeres ficiessen traicion nin se metiessen á esto tan de lijero á ayudar á su padre, como los varones. E por ende non deben sofrir tan gran pena como ellos.*" Asi que, parece que hay una inconsecuencia entre esta ley y la citada arriba; pero háyala ó no, lo cierto es que ambas leyes son injustas ó al menos rigurosas con los hijos de los traidores, vivan ó no al tiempo del crímen. ||

1828 Si el posecdor pierde el mayorazgo, pasará al siguiente en grado con arreglo á su fundacion.

SECCION VII.

De nuestra legislacion actual acerca de mayorazgos.

1829 El reformador de Febrero, al comenzar á tratar de los mayorazgos, se esplica en los términos siguientes: «La ignorancia, que ha adoptado tantas veces como verdades inconcusas los errores mas funestos para la humanidad, ha permitido y aun fomentado los vínculos y mayorazgos, creyéndolos útiles al Estado, sin embargo de ser muy contrarios á la poblacion. En toda sociedad es proporcionada aquella á su subsistencia, la cual disminuyen sobre manera las vinculaciones por destinar á uno solo lo que corresponde y debia distribuirse entre muchos. Cáusame admiracion ver propagada por casi toda la Europa una tan fatal institucion como la de los mayorazgos, cuando á primera vista choca y ofende á todo corazon sensible y humano, que muchos hijos menores hayan de ser sacrificados á un hijo mayor, y que aquellos hayan de pasar su vida en la miseria é indigencia para que este pueda hacer ostentacion de su lujo, de sus facultades y aun tal vez de sus vicios. No es lo que importa al Estado el que unas pocas familias conserven su lustre y esplendor á costa de infinitas sumerjidas en la desdicha y oscuridad, sino el que por medio de la distribucion de las riquezas puedan todos los ciudadanos vivir con desahogo y comodidad. Estas verdades que los escritores económicos nos han demostrado con la mayor evidencia, y que debieran ser mas conocidas del vulgo, no se han escapado de los ojos perspicaces de nuestro ilustrado gobierno, quien al mismo tiempo ha conocido otros perjuicios considerables que han hecho y hacen al Estado las vinculaciones. Prueba manifiesta de esto son las varias reales órdenes, que oponiendo diferentes obstáculos á la institucion de mayorazgos y vínculos, y concediendo ciertas facultades para la enagenacion de sus bienes, conspiran sábiamente à impedir su aumento y aun á disminuir el número de los ya establecidos."

|| Como nos hemos propuesto no tratar en este título de las leyes que en materia de vinculaciones no puedan tener aplicacion, no queremos hacerlo de las reales órdenes que el reformador cita en sus juiciosas reflecsiones. Febrero pone su doctrina en los números 55, 56 y 57 del capítulo 9 del libro primero. Con la ley de 27 de setiembre de 1820 y sus aclaraciones, restablecidas por el decreto de 30 de agosto de 1836, no solo se ha impedido el aumento de los mayorazgos, y conseguido la diminucion de los ecsistentes, sino que se ha desvinculado la mitad de todos ellos en los actuales poseedores, y quedan estinguidos absolutamente en sus inmediatos sucesores, no pudiendo nadie fundar en lo sucesivo vinculaciones, ni prohibir directa ni indirectamente la enagenacion de bienes determinados. Nos parece conveniente copiar literalmente dicho decreto y leyes, que por sí solas tienen la suficiente claridad para resolver los casos que puedan ocurrir en la práctica. ||

Real decreto restableciendo lo dispuesto por las Córtes sobre supresion de vinculaciones.

1830 "Deseando proporcionar desde luego á la nacion las grandes ventajas que deben resultarle de la desamortizacion de toda clase de vinculaciones, he venido á nombre de mi augusta Hija Doña Isabel II en decretar lo que sigue:

1.º Se restablece en toda su fuerza y vigor el decreto de las Córtes de 27 de setiembre de 1820, publicado en las mismas como ley en 11 de octubre del mismo año, por el que quedaron suprimidas las vinculaciones de toda especie y restituidos á la clase de absolutamente libres los bienes de cualquiera naturaleza que las compongan.

2.º Quedan asimismo restablecidas las aclaraciones relativas á la desvinculacion hechas por las Córtes en 15 y 19 de mayo de 1821 y en 19 de junio del mismo año.

3.º La ley restablecida por este decreto principiará á regir desde la fecha del mismo.

4.º Se reserva á las prócsimas Córtes determinar lo conveniente sobre las desmembraciones que tuvieron los mayorazgos mientras estuvo vigente la ley de 27 de setiembre de 1820 por donaciones graciosas ó remuneratorias, ó por cualquiera otro título traslativo de dominio legítimamente adquirido.

5.º Los convenios y transacciones celebrados entre los interesados á consecuencia de lo dispuesto en la ley de 9 de junio de 1835, tendrá cumplido efecto. Tendréislo entendido y dispondreis lo necesario á su cumplimiento.=Está rubricado de la Real mano.=En Palacio á 30 de agosto de 1836.=A don José Landero.

Supresion de vinculaciones.

Las Córtes despues de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitucion, han decretado lo siguiente:

Art. 1.º Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raices, muebles, semovientes, censos, juros, foros ó de cualquiera otra natu-

raleza, los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres.

2.º Los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior podrán desde luego disponer libremente como propios de la mitad de los bienes en que aquellas consistieren; y despues de su muerte pasará la otra mitad al que debia suceder inmediatamente en el mayorazgo, si subsistiese, para que pueda tambien disponer de ella libremente como dueño. Esta mitad que se reserva el sucesor inmediato no será nunca responsable á las deudas contraídas ó que se contraigan por el poseedor actual.

3.º Para que pueda tener efecto lo dispuesto en el artículo precedente, siempre que el poseedor actual quiera enagenar el todo ó parte de su mitad de bienes vinculados hasta ahora, se hará formal tasacion y division de todos ellos con rigurosa igualdad, y con intervencion del sucesor inmediato; y si este fuere desconocido, ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, intervendrá en su nombre el procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, sin ecsigir por esto derechos ni emolumento alguno. Si faltasen los requisitos espresados, será nulo el contrato de enagenacion que se celebre.

4.º En los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasacion y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas á proporcion de lo que perciban, y con intervencion de todos ellos; y cada uno en la parte de bienes que le toque podrá disponer libremente de la mitad, reservando la otra al sucesor inmediato para que haga lo mismo con entero arreglo á lo prescrito en el artículo 3.º

5.º En los mayorazgos, fideicomisos ó patronatos electivos cuando la eleccion es absolutamente libre, podrán los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la eleccion debiese recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad, dispondrán los poseedores de sola la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido, haciéndose con intervencion del procurador síndico la tasacion y division prescrita en el artículo 3.º

6.º Asi en el caso de los dos precedentes artículos como en el del 2.º, se declara que en las provincias ó pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicacion en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, quedan sujetos á ella de la propia forma los bienes hasta ahora vinculados, de que como libres puedan disponer los poseedores actuales, y que ecsistan bajo su dominio cuando fallezcan.

7.º Las cargas, asi temporales como perpétuas, á que estén obligados en general todos los bienes de la vinculacion sin hipoteca especial, se asignarán con igualdad proporcionada sobre las fincas que se repartan y dividan, conforme á lo que queda prevenido, si los interesados, de comun acuerdo, no prefiriesen otro medio.

8.º Lo dispuesto en los artículos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º no se entiende con respecto á los bienes hasta ahora vinculados, acerca de los cuales pendan en la actualidad juicios de incorporacion ó reversion á

la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion ó cualquiera otro que ponga en duda el derecho de los poseedores actuales. Estos en tales casos ni los que les sucedan no podrán disponer de los bienes hasta que en última instancia se determinen á su favor en propiedad los juicios pendientes, los cuales deben arreglarse á las leyes dadas hasta este dia ó que se dieren en adelante. Pero se declara, para evitar dilaciones maliciosas, que si el que perdiese el pleito de posesion ó tenuta no entablase el de propiedad dentro de cuatro meses precisos, contados desde el dia en que se le notificó la sentencia, no tendrá despues derecho para reclamar, y aquel en cuyo favor se hubiese declarado la tenuta ó posesion será considerado como poseedor en propiedad, y podrá usar de las facultades concedidas por el artículo 2.º

9.º Tambien se declara que las disposiciones precedentes no perjudican á las demandas de incorporacion y reversion que en lo sucesivo deben instaurarse, aunque los bienes vinculados hasta ahora hayan pasado como libres á otros dueños.

10. Entiéndase del mismo modo, que lo que queda dispuesto es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deban pagar á sus madres viudas, hermanos, sucesor inmediato ú otras personas, con arreglo á las fundaciones, ó à convenios particulares, ó á determinaciones en justicia. Los bienes hasta ahora vinculados, aunque pasen como libres à otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos ó pensiones mientras vivan los que en el dia los perciben, ó mientras conserven el derecho de percibirlos, escepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos luego que mueran los poseedores actuales. Despues cesarán las obligaciones que ecsistan ahora de pagar tales pensiones y alimentos; pero se declara que si los poseedores actuales no invierten en los espresados alimentos y pensiones la sesta parte líquida de las rentas del mayorazgo, están obligados á contribuir con lo que quepa en ella para dotar á sus hermanas y ausiliar á sus hermanos, con proporcion á su número y necesidades; é igual obligacion tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la mitad de los bienes que se les reservan.

11. La parte de renta de las vinculaciones que los poseedores actuales tengan consignada legítimamente à sus mugeres para cuando queden viudas, se pagará à éstas mientras deban percibirla, segun la estipulacion, satisfaciéndose la mitad á costa de los bienes libres que deje su marido, y la otra mitad por la que se reserva al sucesor inmediato.

12. Tambien se debe entender que las disposiciones precedentes no obstan para que en las provincias ó pueblos en que por fuero particular se suceden los cónyuges uno á otro en el usufructo de las vinculaciones por via de viudedad, lo ejecuten asi los que en el dia se hallan casados, por lo relativo á los bienes de la vinculacion que no hayan sido enagenados cuando muera el cónyuge poseedor; pasando despues al sucesor inmediato la mitad íntegra que le corresponde, segun queda prevenido.

13. Los títulos, prerogativas de honor, y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones

disfrutan como anejas á ellas, subsistirán en el mismo pié y seguirán el órden de sucesion prescrito en las concesiones, escrituras de fundacion ú otros documentos de su procedencia. Lo propio se entenderá por ahora con respecto á los derechos de presentar para piezas eclesiásticas ó para otros destinos, hasta que se determine otra cosa. Pero si los poseedores actuales disfrutasen dos ó mas grandezas de España, ó títulos de Castilla, y tuviesen mas de un hijo, podràn distribuir entre estos las espresadas dignidades, reservando la principal para el sucesor inmediato.

14. Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por via de mejora ni por otro título ni pretesto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ó indirectamente su enagenacion. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos ú otros fondos estranjeros.

15. Las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiàsticas, asi seculares como regùlares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos ó laicales, conocidos con el nombre de *manos muertas*, no puedan desde ahora en adelante adquirir bienes algunos raices ó inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento, ni por donacion, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicacion en prenda pretoria ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo ú oneroso.

16. Tampoco pueden en adelante las *manos muertas* imponer ni adquirir por título alguno capitales de censo de cualquiera clase impuestos sobre bienes raices, ni impongan ni adquieran tributos ni otra especie de gravàmen sobre los mismos bienes, ya consista en la prestacion de alguna cantidad de dinero ó de cierta parte de frutos, ó de algun servicio á favor de la *mano muerta*, y ya en otras responsiones anuales. Lo cual presentan las Córtes á S. M. para que tenga á bien dar su sancion. Madrid 27 de setiembre de 1820 (1).=El conde de Toreno, presidente.=Juan Manuel Subrié, diputado secretario.= Marcial Antonio Lopez, diputado secretario.

ACLARACIONES.

1831 Las Córtes, despues de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitucion, han decretado lo siguiente para facilitar la ejecucion y cumplimiento de la ley de 27 de setiembre del año prócsimo pasado.

Artículo 1.º El poseedor actual de bienes que estuvieron vinculados podrá enagenar los que equivalgan à la mitad ó menos de su valor sin prévia tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en órden. Prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá accion alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente, para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor.

---

(1) Se publicó en las Córtes en 11 de octubre siguiente.

Art. 2.° Si el inmediato fuere desconocido, ó se hallase bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar el consentimiento el síndico procurador del lugar donde resida el poseedor, con arreglo al artículo 3.° del decreto de 27 de setiembre, cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores y curadores, quienes para el valor de este acto y salvar su responsabilidad, cumplirán con las formalidades prescritas por las leyes generales del reino cuando se trata de un negocio de huérfanos y menores.

Art. 3.° En el caso de que se opongan al consentimiento para la venta el siguiente llamado en órden y los tutores ó síndicos, tratándose de la enagenacion íntegra de la mitad de los bienes, se cumplirá con la tasacion general que prescribe la ley de 27 de setiembre; pero si solo se pretendiere vender una ó mas fincas, cuyo valor no alcance á la mitad, y hubiere igualmente oposicion, podrá el poseedor ocurrir á la autoridad local, y comprobado que en el valor de otra ú otras queda mas de la mitad que le es permitido enagenar, se autorice la venta por el juez, y se proceda desde luego á ella. Lo cual presentan las Córtes á S. M. para que tenga á bien darle su sancion.=Madrid 19 de junio de 1821.=José Maria Moscoso de Altamira, presidente.=Francisco Fernandez Gasco, diputado secretario.=Juan del Valle, diputado secretario.

Palacio 28 de junio de 1821.=Publíquese como ley.=Fernando.= Como secretario de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia.=Don Vicente Cano Manuel.

Escmo. Sr.: El capitan de navío retirado don Andrés Fernandez de Viedma, vecino de Jaen, ocurrió á las Córtes pidiendo permiso para disponer del total de la vinculacion que posee, mediante á no tener sucesor conocido dentro del cuarto ni quinto grado: y en atencion á que si llegase á verificarse su fallecimiento antes de averiguarse quién hubiese de serlo en cada una de dichas vinculaciones, resultarian tantos pleitos cuanto es el número de estas: y en vista de dicha esposicion, se han servido conceder al citado don Andrés Fernandez de Viedma el permiso que solicita, con la calidad de suplir la dificultad que presenta la prueba negativa de no tener sucesores legítimos, por medio de una informacion de testigos que aseguren quedar por muerte del dicho de Viedma reducidos sus bienes á la clase de mostrencos; fijándose edictos por el término de dos años, de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo de dicho poseedor, como en los lugares donde se hallen sitos los bienes amayorazgados, y en la capital del reino, con el fin de que se publiquen en la Gaceta ministerial y otros papeles públicos que el juez de primera instancia ante quien deba seguirse esta causa gradúe por convenientes, y citándose y emplazándose á los que se juzguen con derecho á suceder para que comparezcan por sí ó por sus apoderados dentro del citado término, con apercibimiento de que pasado este, se procederá à la declaracion de ser libres los referidos bienes, y que el actual poseedor podrá disponer de ellos como mejor fuese su voluntad, segun se ha practicado y practica en las causas de mostrencos, vacantes y ab intestatos. Cuya resolucion quieren las Córtes sea general para todos los poseedores de vinculaciones que se hallen en iguales circunstancias. Y de acuerdo de las mismas lo comunicamos á V. E. para noticia de S. M.

y los efectos ulteriores. Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 15 de mayo de 1821.=Estanislao de Peñafiel, diputado secretario.=Juan de Valle, diputado secretario.=Señor secretario de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia.

1832 Escmo Sr.: Habiendo acudido á las Córtes el duque de san Lorenzo en solicitud de que en atencion á lo prolija y costosa que le seria la tasacion y division de todos sus bienes vinculados para separar la mitad vendible con intervencion del inmediato sucesor, conforme al artículo 3.° de la ley de 12 de octubre del año prócsimo pasado, se le autorice por medio de una aclaracion general, ó de una dispensa particular, para vender algunas fincas, conocidamente inferiores en su valor al de la mitad disponible; las Córtes se han servido declarar que el duque de san Lorenzo, conforme el espíritu de la ley de 12 de octubre citada, está habilitado para enagenar una parte de sus mayorazgos que sea notoriamente inferior á la mitad del valor de ellos; haciéndose designacion de las fincas y la tasacion de las que se proponga vender, con intervencion del sucesor inmediato, para que á su tiempo pueda lo vendido imputarse en la mitad que queda disponible al poseedor. De acuerdo de las Córtes lo comunicamos á V. E. para noticia de S. M. y los efectos convenientes. Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 19 de mayo de 1821.

1833 Las Córtes, despues de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitucion, han decretado lo siguiente para facilitar la ejecucion y cumplimiento de la ley de 27 de setiembre del año prócsimo pasado.

Artículo 1.° El poseedor actual de bienes que estuvieron vinculados, podrá enagenar los que equivalgan á la mitad ó menos de su valor sin prévia tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en órden. Prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá accion alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente, para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor.

Art. 2.° Si el inmediato fuere desconocido, ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar el consentimiento el síndico procurador del lugar donde resida el poseedor con arreglo al artículo 3.° del decreto de 27 de setiembre, cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores y curadores, quienes por el valor de este acto, y salvar su responsabilidad, cumplirán con las formalidades prescritas por las leyes generales del reino cuando se trata de un negocio de huérfanos y menores.

Art. 3.° En el caso de que se opongan al consentimiento para la venta el siguiente llamado en órden, y los tutores ó síndicos, tratándose de la enagenacion íntegra de la mitad de los bienes, se cumplirá con la tasacion general que prescribe la ley de 27 de setiembre; pero si solo se pretendiere vender una ó mas fincas, cuyo valor no alcance á la mitad, y hubiese igualmente oposicion, podrá el poseedor ocurrir à la autoridad local, y comprobando que en el valor de otra ú otras queda mas de la mitad que le es permitido enagenar, se autorice la venta por el juez, y se proceda desde luego á ella. Lo cual presentan las Córtes á S. M. para que tenga á bien dar su sancion. Madrid 19 de junio de 1821.

A consecuencia de lo prevenido en el artículo 4.° del real decreto de 30 de agosto de 1836, se ha publicado la ley siguiente sobre vinculaciones.

Doña Isabel II por la gracia de Dios y la Constitucion de la monarquía española, Reina de las Españas, y en su real nombre D. Baldomero Espartero, duque de la Victoria y de Morella, Regente del reino, á todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Córtes han decretado, y Nos sancionamos lo siguiente:

Artículo 1.° Las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional sobre supresion de mayorazgos y otras vinculaciones que están válidamente en observancia desde 30 de agosto de 1836, en que fueron restablecidas, continuarán en vigor en la Península é Islas adyacentes.

Art. 2.° Es válido y tendrá cumplido efecto todo lo que se hizo en virtud y conformidad de dichas leyes y declaraciones desde que se espidieron hasta 1.° de octubre de 1823. Serán respetados y se harán efectivos los derechos que en aquel período se adquirieron por lo establecido en las mismas, del modo que se espresará en los artículos siguientes.

Art. 3.° Los bienes vinculados correspondientes á la mitad de que pudieron disponer los poseedores, y cuyo dominio trasfirieron á otros por cualquier título legítimo, ya oneroso, ya lucrativo, se devolverán á los que los adquirieron, ó á sus herederos en su caso, si la traslacion se hizo con los requisitos y formalidades prevenidas en las citadas leyes y declaraciones, y los adquirentes no han recibido ya su valor ó equivalencia.

Art. 4.° Si los que á virtud de esta ley deben recobrar bienes amayorazgados que por título lucrativo adquirieron desde 11 de octubre de 1820 hasta 1.° del mismo mes de 1823, ó entrar en posesion de ellos, hubiesen recibido con posterioridad á este último dia algunas cantidades por via de dote ú otra causa cualquiera con arreglo á las respectivas fundaciones, ó en virtud de pactos celebrados entre los poseedores anteriores y sus inmediatos, quedan obligados al abono de la mitad de la suma en que consistan, debiendo recibirla en cuenta de lo que les corresponda.

Las pensiones alimenticias dadas al inmediato sucesor y á los hermanos del poseedor en virtud de la fundacion, no están comprendidas en la disposicion de este artículo.

Art. 5.° Recobrarán su fuerza y se harán tambien efectivos los contratos que celebraron los referidos poseedores desde 11 de octubre de 1820 hasta 1.° de igual mes de 1823 con respecto á la enagenacion, hipoteca ú obligacion de la mitad de los bienes de que podian disponer.

Art. 6.° Se entregarán á los herederos testamentarios, ó legítimos, de los mismos poseedores, y á los legatarios, los bienes que respectivamente les correspondieran de la mencionada mitad, si dichos poseedores fallecieron antes de 1.° de octubre de 1823.

Art. 7.° Las disposiciones de los artículos que anteceden son aplicables à la otra mitad de los bienes vinculados reservada à los inmediatos sucesores, si adquirieron el derecho à disponer de ella por falle-

cimiento del anterior poseedor ocurrido antes del 1.° de octubre de 1823.

Art. 8.° Los que en virtud de esta ley deben recobrar bienes de que fueron privados por lo dispuesto en el real decreto de 1.° de octubre de 1823 y cédula de 11 de marzo de 1824, ó entrar en posesion de los que con arreglo à la ley de 11 de octubre de 1820 les correspondieron, no tienen accion para reclamar los frutos y rentas de los mismos bienes producidos desde 1.° de octubre 1823 hasta la publicacion de esta ley.

Art. 9.° Los poseedores en 11 de octubre de 1820 que fallecieron desde 1.° de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836, no trasfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante este último período como vinculados.

Art. 10. Los que desde 11 de octubre de 1820 hasta 1.° del mismo mes de 1823 sucedieron en bienes que habian sido vinculados, y fallecieron desde este último dia hasta el 30 de agosto de 1836, no trasmitieron por sucesion testada ni intestada derecho de suceder en los bienes que à su fallecimiento estaban considerados como vinculados.

Esto no se entiende con los herederos de los que habian adquirido bienes vinculados por compras ó cualquiera otro contrato durante el citado período desde 11 de octubre de 1820 á 1.° del mismo mes de 1823.

Art. 11. Se declaran válidas y subsistentes las enagenaciones de bienes vinculados que se hayan hecho desde 1.° de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836 en virtud de facultad real y con las formalidades prescritas por derecho. El producto de las ventas que no se haya empleado en mejora ó beneficio de la vinculacion, se imputará al vendedor en la parte de esta que le corresponda como libre.

Art. 12. Se esceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las enagenaciones de aquellos bienes que específica y determinadamente pueden recobrar otros interesados en virtud de esta ley. Si estos los hubiesen adquirido por título oneroso, los recobrarán, indemnizándose al comprador posterior de los otros bienes ecsistentes en las vinculaciones; y si el título hubiese sido lucrativo, los retendrán los que con facultad real los hayan adquirido, indemnizándose al que debiera recobrarlos de los demas bienes de las vinculaciones.

Art. 13. Tambien se declaran válidas y subsistentes las adquisiciones que hayan hecho las vinculaciones por permuta, subrogacion ú otro titulo; y los bienes así adquiridos se considerarán en el mismo caso que los demas que las componian.

Art. 14. Los contratos y transacciones que se hayan celebrado en consecuencia de la ley de 9 de junio de 1835, las ejecutorias dictadas en su virtud, y lo que se haya practicado en cumplimiento de la misma, se guardará y cumplirá en todas sus partes.

Art. 15. Los poseedores de las fincas vinculadas, y los dueños de las que deban entregarse en cumplimiento de esta ley, podrán reclamarse mútuamente con arreglo á derecho los desperfectos ó mejoras de las mismas desde 1.° de octubre de 1823 hasta la promulgacion de esta ley.

Art. 16. Los viudos y viudas de poseedores de vínculos ó mayo-

razgos, sea la que quiera la época en que se hubieren casado, no tendrán derecho á otras consignaciones alimenticias que las que resulten de promesas y convenios celebrados con arreglo á derecho en capitulaciones matrimoniales ó en otros instrumentos legalmente otorgados, y esto con la disminucion que se espresará en el artículo 18.

Art. 17. Los dichos poseedores, y en su caso los sucesores inmediatos, aun teniendo herederos forzosos, podrán consignar á sus mugeres ó maridos por escritura pública ó por testamento, y en concepto de viudedad, hasta la cuarta parte de la renta de la mitad de los bienes cuya libre disposicion han adquirido.

Art. 18. Las consignaciones de viudedad en virtud de facultad competente concedida desde 1.° de octubre de 1823, y antes del 30 de agosto de 1836, tendrán su debido cumplimiento, siendo responsables á él los bienes que ecsistian en las vinculaciones al tiempo de concederse la facultad, menos los que deban entregarse á otros interesados en virtud de esta ley; pero cuando haya disminucion, se disminuirá proporcionalmente la cantidad consignada.

Art. 19. Lo mismo se entenderá con respecto á las consignaciones de alimentos que los actuales poseedores deben pagar à los sucesores inmediatos ú otras personas con arreglo á las fundaciones, pactos ó fallos de los tribunales.

Art. 20. Quedan derogadas, en cuanto sean contrarias á esta ley, la de 9 de junio de 1835 y cualesquiera otras órdenes ó decretos.

Por lo tanto mandamos à todos los tribunales, justicias, gefes, gobernadores y demas autoridades asi civiles como militares y eclesiásticas de cualquiera clase y dignidad que sean, guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas y cada una de sus partes.

Tendréislo entendido para su cumplimiento, y dispondreis se imprima, publique y circule.=El duque de la Victoria.=En Madrid á 19 de agosto de 1841.=A don José Alonso.

FORMULARIO.

Pedimento solicitando la posesion de la mitad de un mayorazgo.

1834 F., en nombre de N., hijo legítimo de D., último poseedor del mayorazgo que fundó E., ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: Que el referido D., padre de mi poderdante, murió en tal parte en tantos, declaràndole por su hijo mayor, y mediante á que por serlo y de legítimo matrimonio, como acreditan la fé de bautismo que presento con la de muerte de su padre y la fundacion de dicho mayorazgo, se ha transferido en él la posesion civil y natural de la mitad del mismo con arreglo á las leyes vigentes:

A V. suplico, que teniendo por presentados los referidos documentos, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y hecha en cuanto baste, se sirva mandar se le dé la real y corporal ó cuasi posesion de los bienes que correspondan á dicha mitad. Pido justicia, &c.=*Auto.*=Dé la informacion, y hecha, autos.

Demanda de la incompatibilidad de un mayorazgo.

1835 F., en nombre de N., de tal vecindario, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: Que A. en su testamento otorgado en tantos ante &c., que presento, y bajo el cual falleció en tal dia, fundó un mayorazgo del tercio y quinto de sus bienes, llamando à J., L. y M., y mandando espresamente que los que sucediesen en él tomasen el nombre y apellido de &c., sin otro alguno, aunque fuese propio, y pusiesen forzosamente en sus reposteros, &c. las armas de &c., sin mezclarlas con otras algunas, ni aun con el pretesto de estar en parte inferior ó en la siniestra. Mas sin embargo de esta disposicion, S. ha tomado posesion judicial de dicho mayorazgo por fallecimiento de Y. su último poseedor, acaecido en tal dia, habiendo sucedido antes en otro que fundó V. en tal instrumento, que asimismo presento, con la misma condicion de nombre, apellido y armas, incompatibles manifiestamente con cualesquiera otras; y en atencion á que por esta incompatibilidad es mi poderdante indubitado sucesor de uno de los dos mayorazgos como hijo de &c., nieto de &c., segun lo justifican las partidas que tambien presento:

A V. suplico, que teniendo por presentados los referidos documentos, se sirva declarar por incompatibles en una misma persona los dos mencionados mayorazgos, y á su consecuencia mandar se haga saber á ese que dentro de un breve y perentorio término elija uno y demita otro, dándose de éste á mi poderdante la posesion real y corporal ó cuasi con los frutos y rentas desde el dia de su vacante. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Traslado.

Pedimento en que un hermano pide alimentos á otro poseedor de un mayorazgo.

1836 F., en nombre de N., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: Que mi poderdante es hijo legítimo de C., y como tal hermano entero de B., su hijo mayor y poseedor por su muerte del mayorazgo que fundó E., cuyos réditos ascienden á tanta cantidad; en esta atencion, y en la de que el referido B., se halla obligado por derecho á contribuirle con los alimentos correspondientes para su decente manutencion, hallándose mi poderdante como se halla sin medios algunos:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y hecha en cuanto baste, se sirva condenar á B., á que asista á mi poderdante por tercios anticipados con la cantidad que fuese del agrado de V. Pido justicia y costas.

Otrosí: mediante à ser mi poderdante pobre y hallarse como tal sin facultad para la prosecucion de esta instancia:

A V. suplico, que evacuada la informacion sobre lo principal, mande se le consignen por razon de alimentos y litis espensas tanta cantidad. Pido como arriba.=*Auto.*=Dé la informacion, y de su vista resultarà la providencia sobre el otrosí.

Pedimento solicitando el sucesor de un mayorazgo le dé el poseedor fianzas de restitucion.

1837 F., en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: Que hallàndose P., del mismo vecindario, en la posesion del vínculo que fundó E., à la cual està llamado mi poderdante despues de los dias de aquel, segun acredita la escritura de fundacion que tambien presento, ha enagenado y actualmente trata de enagenar las mejores posesiones vinculadas en conocido perjuicio de sus sucesores y contra lo prevenido por el fundador: mediante lo cual:

A V. suplico, que habiendo por presentados los referidos documentos, me admita la informacion que ofrezco hacer incontinenti con citacion contraria al tenor de este escrito, y hecha la bastante, se sirva, declarando los mencionados bienes sujetos à restitucion y à mi poderdante por inmediato sucesor de P., condenar à éste à que le dé las correspondientes fianzas de conservar aquellos segun estaban al tiempo que se le dió su posesion. Pido justicia y costas.=*Auto.*=Haga la informacion, y hecha, autos.

TITULO XXIV.

De los patronatos.

|| Por el artículo 1.º de la ley de 27 de setiembre de 1820 que hemos insertado en la última seccion del título anterior, quedaron suprimidos los patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raices, muebles, semovientes, censos, juros, foros ó de cualquiera otra naturaleza. Parecia por lo mismo inútil este título; pero ademas de las razones que nos han movido á hablar de los mayorazgos, tenemos otra principal para hacerlo de los patronatos, y es que no vemos que hayan sido derogados aquellos que, sin consistir en bienes de ninguna clase, son un honor de que gozan algunas personas ó familias en virtud de un título especial sobre ciertas iglesias ó beneficios, del que no solo no han sido privadas, sino que les ha sido conservado aun en aquellas iglesias cuyos bienes han sido declarados nacionales. Creemos por lo mismo necesario tratar de ellos, aunque no dejamos de hacer la distincion que debemos de los que por la citada ley han sido suprimidos, y á pesar de que el ejercicio de este derecho no puede practicarse generalmente, á causa de estar mandado que no se provean beneficios. ||

SECCION I.

Definicion y divisiones del patronato.

Patronato es un derecho honorífico, oneroso y útil, que compete á alguno en alguna iglesia por haberla construido, dotado ó fundado con consentimiento del obispo, ó heredarlo de sus predecesores que lo hicieron. (Ley 1, tít. 15, Part. 1.)

1838 Competen al patrono honor, carga y utilidad, de que trataremos en la seccion de los derechos de los patronos.

|| Febrero comienza las divisiones del patronato por una de sus principales subdivisiones; por lo mismo no le seguiremos en esta materia. ||

1839 La primera division del patronato debe ser en activo y pasivo. El primero es el que hemos definido, ó el que consiste en la facultad de presentar al clérigo que ha de ser instituido en la iglesia ó beneficio vacante.

1840 El segundo consiste en el derecho que alguno tiene de ser presentado para la vacante, ó el de ser preferido á los demas para la consecucion del beneficio; como si el fundador dijese: *Llamo al beneficio fundado por mi á mis hijos, agnados ó parientes de tal ó cual línea.*

1841 Las diferencias que ecsisten entre ambos patronatos son

muy notables y suficientes para conocer la naturaleza de cada uno. En el patronato activo solo goza el que la obtiene, honores á los cuales van unidas ciertas cargas; en el pasivo utilidades que resultan de la vinculacion de ciertos bienes à favor de los llamados: en éste el único objeto del fundador fué proteger á su familia; en aquel servir á la iglesia. Del activo son capaces hasta las mugeres é infantes. Del pasivo únicamente los que tienen las cualidades prescritas por el fundador para el desempeño del cargo á él anejo. Todo lo que digamos en las secciones siguientes debe entenderse del patronato activo: del pasivo nos ocuparemos en la última de este título.

1842 Divídese el patronato activo en eclesiástico, laical y misto. Eclesiástico se dice el patronato fundado con bienes procedentes de la iglesia, ya sea lego, ya eclesiástico su fundador. Laical el fundado de bienes patrimoniales,y misto el que participa de ambos.

Aunque generalmente la denominacion del patronato se toma de los bienes de que ha sido fundado, hay algunos casos en que puede ser eclesiástico, aunque los bienes con que se erigió fueren laicales: tales son cuando desde su orígen pertenece à una iglesia, cabildo ó persona eclesiástica por razon de dignidad ó beneficio, ó por donacion ó fundacion.

1843 El patronato misto puede serlo de tres modos: ó en razon de la clase de bienes de que se fundó, ó en razon de las personas á quienes se concedió, ó finalmente por haberse unido dos patronatos de los cuales el uno era eclesiástico y el otro laical.

1844 Se divide el patronato en real y personal. Llámase real el que está inherente á cierta cosa, y pasa siempre al poseedor de la misma: y personal el que obtiene alguno sin consideracion à cosa determinada, ó el que ha sido concedido solo á cierta clase de personas. El patronato eclesiástico inherente á cierta dignidad es siempre real, y pasa á los que la obtienen. El laical se presume siempre personal, y no se juzgará real sino en el caso de que asi conste por la voluntad del fundador.

1845 La tercera division que suele hacerse del patronato es en hereditario, familiar y misto. El primero pasa siempre á los herederos del último poseedor, segun él mismo dispone; el segundo pertenece solo á los de la familia del fundador llamados por él; y el tercero es aquel para cuya obtencion se necesita probar ser heredero del último poseedor, y pertenecer á la familia del fundador.

Algunos intérpretes dividen en varias clases el patronato familiar; pero como todas dependen de la voluntad de los fundadores, puede sentarse como regla general que el patronato podrá ser regular é irregular lo mismo que los mayorazgos, y que lo dicho acerca de estos puede muy bien acomodarse á los patronatos.

SECCION II.

De las personas capaces de adquirir y conservar el patronato.

1846 El fundamento del patronato, como derecho cuasi-espiritual, es la comunion cristiana; porque siendo el patrono tutor y de-

fensor de la iglesia, mal podria defenderla no perteneciendo á ella y aun acaso siendo su enemigo. Puede pues sentarse como regla general que son incapaces del patronato todos los que están fuera de la iglesia, y que pueden obtenerlo todos los que pertenecen á ella. Por lo mismo no pueden ser patronos:

1.º Los judios.

2.º Los paganos é infieles.

3.º Los hereges.

4.º Los escomulgados con escomunion mayor que han incurrido en pertinacia.

Pero pueden serlo:

1.º Los mayores de 25 años que estén dentro de la iglesia, y podrán ejercer por sí este derecho.

2.º Los menores, que en materias espirituales son considerados como mayores.

3.º Las mugeres.

4.º Los pupilos, que deberán ejercer este derecho juntamente con sus tutores.

5.º Los infantes, á cuyo nombre lo ejercerán sus padres ó tutores.

6.º Los escomulgados no pertinaces, aunque no podrán ejercerlo mientras permanezcan en la escomunion.

7.º Los escomulgados menores.

8.º Las universidades, colegios, capítulos y corporaciones de toda clase á quienes no está prohibido por las leyes.

1847 Se ha disputado mucho entre los canonistas sobre la capacidad ó incapacidad de los regulares para la obtencion de los patronatos, y algunos han creido que podian obtener aquellos en los cuales no habia posesion de bienes contraria al voto de pobreza con que estaban ligados. Nosotros, considerando civilmente esta materia, juzgamos que en el dia están en el caso de todos los demas que han sido llamados por los fundadores.

SECCION III.

De los modos de adquirir el patronato.

1848 La fundacion de nuevos patronatos está prohibida en el dia porque de ella habia de seguirse indispensablemente la amortizacion de algunos bienes dados á la iglesia por los fundadores; y al tratar nosotros de los modos de adquirir el patronato, no es nuestro objeto dar reglas para lo sucesivo, sino poner de manifiesto cuáles han sido las adquisiciones justas de los patronatos, y cuáles pueden tenerse como nulas atendidas las disposiciones civiles y canónicas.

1849 Los patronatos podian adquirirse de tres modos: por fundacion, redotacion y prescripcion.

1850 La fundacion no solo comprendia la prestacion del fundo en que habia de edificarse la iglesia sino tambien la edificacion ó construccion del templo y la dotacion necesaria para el sostenimiento del culto y los ministros de la iglesia en que se adquiria el patronato. Sin concurrir estas tres cosas nadie podia llamarse fundador ni por consi-

guiente patrono. Pero cuando concurrian distintas personas á ella, adquirian todas el derecho de patronato, que ejercian unidas.

1851 Para la adquisicion del patronato en un beneficio bastaba solo dar lo necesario para la sustentacion del beneficiado.

1852 Toda clase de servicios hechos á la iglesia que no contenian los requisitos dichos en los números anteriores, no es bastante para adquirir el patronato; pero el que los hiciese lo obtenia aun sin reservarlo espresamente en la fundacion.

1853 Se esceptuaba la hecha de iglesias conventuales, en las que no se adquiria aunque concurrieran en su fundacion todos los requisitos que por derecho se ecsijen.

1854 Para adquirir el derecho de patronato por dotacion ó redotacion era indispensable ó que la iglesia nuevamente fundada careciese absolutamente de dotacion, ó que los fundadores no le hubiesen dado la suficiente, ó que si tuvo desde el principio lo necesario, haya desaparecido en todo ó en parte.

1855 En el primer caso el que dotaba la iglesia solo podia adquirir el derecho de patronato presentándose al superior eclesiástico y haciendo espresa mencion de él.

1856 En los dos segundos, segun la opinion mas seguida y conforme al Concilio de Trento, era necesario que la redotacion llegase á la mitad de lo que la iglesia necesitaba para sostenerse, y tambien la licencia del obispo con la concesion del patronato.

1857 No podia procederse á la ereccion de nuevas iglesias ni á la redotacion de las antiguas para adquirir en ellas patronatos sin una evidente necesidad ó utilidad. (Concil. Trid., sess. 25, cap. 9, *de reformatione.*)

1858 No puede adquirirse el patronato por la prescripcion ordinaria; y para adquirirlo es necesario la de cuarenta años contra un patrono lego, y la inmemorial contra una iglesia libre.

1859 Las universidades y personas poderosas no pueden prescribir contra la iglesia sino por tiempo inmemorial, en el cual hayan hecho presentaciones que hayan tenido efecto por espacio de cincuenta años.

Se ha contado entre los modos de adquirir el derecho de patronato la dotacion hecha por los reyes, pontífices y obispos; pero estos privilegios están derogados, esceptuando los concedidos á las iglesias catedrales, á los supremos príncipes y á las universidades. (Concilio de Trento cap. y sesion citados)

SECCION IV.

De los modos de trasferirse el patronato.

Por cuatro causas se trasfiere el patronato de una persona á otra

1.ª Por sucesion ó herencia, asi como los demas bienes.

2.ª Por donacion hecha con consentimiento del obispo ó iglesia donde se tiene el patronato, sea antes ó despues de la donacion.

3.ª Por venta; no porque el derecho de patronato pueda ser vendido separadamente, sino porque si vende toda la herencia ó parte de

ella, razon por la cual el vendedor es patrono, entrarà en ella el derecho de patronato, aunque en la escritura no se mencione.

4.ª Por permuta de un patronato por otro. (Ley 8, tít. 15, Partida 1.)

1860 En el patronato hereditario y misto se sucede por estirpe, y no por personas, de manera que muchos herederos de un patrono se reputan por uno y tienen una voz. (Ley 2, tit. 5, Part. 1.)

1861 En el patronato gentilicio ó familiar sucede la persona llamada por el fundador.

1862 La donacion de un patronato hecha por un lego á la iglesia es vàlida aunque se haga sin el consentimiento del obispo; pero la hecha á otro lego serà nula si no interviene dicho consentimiento. (Dicha ley 8.)

1863 Si en la venta de la herencia ó de una cosa á que está inherente el patronato se hiciere espresion de él para venderlo ó ecsigir mas precio por la cosa vendida, será nula la venta, y ademas se comete en ella el delito de simonía. (Dicha ley 8.)

1864 Tambien opinan algunos que se trasfiere el patronato si se arrienda alguna heredad á que está unido; pero esto debe entenderse en el caso de que el arrendamiento sea por largo tiempo, y de que al hacerlo no se pacte cosa en contrario. (Ley 9, tit. 15, Part. 1.)

SECCION V.

De los modos con que se ha de probar el patronato.

1865 El patronato puede probarse en juicio:

1.º Por las tablas de la fundacion ó por escrituras que la prueben, con tal que si no son originales, haya testigos fidedignos que digan que están conformes con ella.

2.º Por testigos.

3.º Por las insigias de la familia, inscripciones de nombres ó epitafios antiguos, en los cuales se haga espresion del patronato; y si de esto solo pueden sacarse conjeturas, podrán añadirse algunas otras pruebas de presentacion hecha en algun tiempo por sus antecesores.

5.º Por decreto del obispo, en virtud del cual se hayan dado alimentos á alguno de la familia como patrono.

6.º Por sentencia judicial, en la cual se haya declarado el patronato.

7.º Por el reconocimiento que del mismo se haya hecho al tiempo de la visita.

Estas son las pruebas ordinarias de que pueden valerse los que disputan en juicio un patronato; pero cuando tratan de adquirirlo personas ó corporaciones que por su influencia pueden infundir sospechas de usurpacion, deberàn ecsijirse mayores, como son la prescripcion inmemorial y las presentaciones hechas por espacio de cincuenta años. (Conc. Trid. Sess. 25, cap. 9 de *reformatione.*)

SECCION VI.

De los derechos y cargas de los patronos.

1866 En el número 1838 hemos dicho que competen á los patronos honor, utilidad y cargas.

1867 El honor es el primero de los derechos del patrono, que consiste en la presentacion del sugeto que puede ser instituido por el obispo en la iglesia ó beneficio.

1868 No puede el patrono presentarse á sí mismo por idóneo que sea y méritos que tenga, aunque lo haga por procurador; pues entre el que presenta y el presentado ha de haber distincion de personas, y lo que uno hace por procurador se entiende hacerse por sí propio. (Ley 7, tit. 15, Part. 1.)

1869 Siendo los patronos muchos, pueden presentarse unos á otros no habiéndolo prohibido el fundador del patronato. (Dicha ley 7.)

1870 El padre puede presentar á su hijo siendo idóneo. (La misma ley.)

1871 Los patronos legos tienen cuatro meses para hacer la presentacion, y los eclesiásticos seis, á no ser que el fundador limite este tiempo, como puede hacerlo.

1872 Si dentro de ellos no la hacen ó discuerdan en la eleccion, y por esta causa ó por el derecho de patronato se mueve pleito y no se decide en dicho tiempo, espira por aquella vez su facultad de presentar, y pasa al ordinario diocesano la de conferir libremente.

1873 Siendo misto el patronato, se permite á todos los patronos hacer la presentacion dentro de seis meses; pues el patronato misto goza en esta parte del privilegio de patronato eclesiástico, porque lo mas digno debe prevalecer sobre lo menos digno.

1874 El término prefinido no corre hasta el dia en que los patronos saben la vacante, aunque algunos dicen lo contrario.

1875 Si el presentado no acepta la presentacion ó muere, se deben empezar los cuatro y seis meses desde este tiempo, no interviniendo dolo ni fraude.

1876 Cuando el patrono eclesiástico presenta algun sugeto idóneo, no puede variar ni presentar otro por aquella vez, aunque sea cumulativamente; y si lo hace, debe el obispo instituir al primer presentado.

1877 Pero presentando con ciencia cierta á un indigno ó inhàbil, pierde por entonces el derecho de volver á presentar; mas no si lo ignora. (Ley 7, tit. 15, Part. 1.)

1878 El patrono lego puede variar presentando otros cumulativamente, escepto que jure no hacerlo y acepte la presentacion el presentado; pero no privativa y esclusivamente, de modo que por la presentacion del segundo pueda privar al primero del derecho que tiene á ser instituido; y en el caso de hacer la presentacion cumulativa podrá el obispo elegir entre los presentados al que quisiere y le parezca mas digno. (Ley 6, tit. 15. Part. 1.)

1879 Presentando el lego con ciencia cierta à un indigno ó inhábil, y no variando la presentacion dentro de los cuatro meses, puede el obis-

po pasados que sean, y no antes, conferir el beneficio á quien quisiere, porque el presentar un indigno es lo mismo que no hacer presentacion.

1880 Si los patronos forman cuerpo, v. g. cabildo, colegio ó comunidad, deben ser convocados todos los que tienen voto para hacer la presentacion, por manera que uno que falte por no haber sido citado, basta para anularla, aunque todos los demas concuerden en un sugeto.

1881 Compitiendo á muchos el derecho de presentar, no como á cuerpo, sino separadamente á cada uno, será preferido, siendo digno, aquel de los presentados que tenga á su favor mayor número de votos, aunque no mas de la mitad de los votos de los patronos: v. g. hay ocho patronos de los cuales tres presentan á Juan, dos á Diego, y de los otros tres restantes cada uno presenta al suyo; en este caso Juan como presentado por mayor número deberá ser instituido, aun cuando los demas presentados sean mas dignos que el: pero si es indigno, sabiéndolo los patronos, serán preferidos los otros.

1882 Siendo dos los patronos, y presentando cada uno el suyo, ninguno de ellos debe ser preferido, sino que el obispo instituirà al mas digno; y si en ambos concurren iguales méritos, puede elegir á su arbitrio al que mejor le parezca, con la diferencia que siendo legos los patronos, ha de aguardar á que pasen los cuatro meses, en que se les permite variar la presentacion, y siendo eclesiástico, no tiene que esperar, porque como no se les permite la variacion, queda libre el obispo para instituir inmediatamente.

1883 Cuando se disputa entre el obispo y los que quieren ejercer el derecho de patronato sobre si la iglesia ó beneficio están libres y no son patronados, no podrá el obispo conferir el beneficio sino despues de pasados los cuatro meses, si los patronos fuesen legos, y seis, si fueren eclesiásticos.

1884 Aunque el derecho de patronato es indivisible, no lo es su ejercicio; por lo cual para evitar los litigios que pudieran ocurrir entre los patronos cuando son muchos, se puede convenir en que la presentacion se haga por ellos alternativamente, refundiéndose en uno solo la facultad que todos tienen, y pasando á otro cuando le toca presentar, de modo que en las distintas vacantes que ocurran, cada uno use una vez del derecho que le compete.

"Ademas del honor que resulta al patrono de la facultad de presentar, tiene otros derechos tambien honoríficos, que consisten en preferencias que se le dan en la iglesia y otros, que son mas bien objeto del derecho canónico que del civil, por lo cual no tratamos de ellos."

1885 No debemos sin embargo omitir el de alimentos, que pertenece al patrono en caso de venir á pobreza, estando obligada la iglesia á prestárselos á proporcion de los bienes que posea y de las circunstancias particulares del mismo patrono. (Ley 2, tit. 15, Part. 1.)

1886 Tampoco debemos pasar en silencio el derecho que tienen los patronos de ecsigir de las iglesias un censo ó pension anual en el caso de haber sido esta reservada en la fundacion. (Dicha ley 2.)

1887 Este censo no puede pasar de cierta porcion pequeña, segun las costumbres de las iglesias; lo cual se estableció para evitar los abusos que en su ecsámen cometieron los fundadores y sus sucesores. (Ley 7, tit. 1, lib. 1, Novis. Recop.)

1888 Los patronos no pueden recibir nada del presentado à no ser que el fundador lo haya dejado dispuesto; y si se da ó promete alguna cosa por tener ó ganar los votos de ellos, será nula la presentacion aunque el mismo presentado lo ignore. (Cap. 23 *de jurep.*)

1889 A los derechos que tienen los patronos van unidas ciertas cargas, á cuyo cumplimiento estan obligados: pueden reducirse á las siguientes:

1.ª Defender los derechos de las iglesias y beneficios.

2.ª Procurar que los réditos no se inviertan en otro objeto que aquel á que fueron destinados por el fundador.

3.ª Cuidar de que los clérigos poseedores de los beneficios ó adscriptos á las iglesias cumplan con sus deberes.

4.ª Redificar la iglesia si se arruinase y no hubiera lo bastante de sus fondos para reedificarla.

5.ª Redotarla si no tuviere lo bastante para el sostenimiento de culto. En estos dos últimos casos perderà el patronato el patrono que, pudiendo hacerlo, deje arruinar ó cerrar la iglesia, como veremos en la siguiente

SECCION VII.

Cómo se pierde el patronato.

1890 Aunque los patronatos son por su naturaleza perpétuos, hay ciertas causas por las cuales pueden perderse, y estas proceden ó de la voluntad del fundador, ó de hechos del patrono, ó de la naturaleza de la cosa sobre que está fundado el patronato.

1891 Si el fundador impone á sus sucesores alguna obligacion que han de cumplir bajo la pena de perder el patronato, no hay duda que en el mero hecho de dejar de cumplirla quedan privados del patronato.

1892 Cuando el patronato es hereditario y se pierde por voluntad del fundador, concluye en aquel que le perdió, y lejos de pasar á sus herederos, quedará la iglesia libre; pero si es familiar ó eclesiástico, deberán suceder en él los llamados por el fundador.

1893 Se perderá el patronato por hecho del patrono:

1.º Si lo renuncia; y en este caso debe estarse á lo dicho en el número anterior sobre los patronatos hereditario y familiar.

2.º Por el no uso durante el tiempo que puede prescribirse, si durante este fué instituido á lo menos dos veces el rector ó párroco de la iglesia sin intervenir presentacion del patrono, no hallándose este impedido legítimamente de hacerla.

3.º Por permitir el patrono que la iglesia se haga colegiata.

4.º Por consentir el patrono que la iglesia se una á otra.

5.º Por intentar el patrono matar ó mutilar alevosamente al rector ó á otro clérigo de la misma iglesia, no siendo en defensa propia.

6.º Por pervertirse, haciéndose hereje, cismático ó apóstata de nuestra religion:

7.º Por entrometerse en la disposicion ó percepcion de frutos contra lo mandado por el concilio de Trento en la sesion 22, cap. 11 *de reformatione.*

8.° Por vender ó trasferir á otro el derecho de patronato de algun modo prohibido por los sagrados cánones.

9.° Por adquirirle con simonía.

1894 Se concluirá el patronato atendida la naturaleza de su fundacion en los dos casos siguientes:

1.° Cuando se arruina la iglesia y no hay esperanza de reedificarla, ó por faltar su dotacion ó rentas.

2.° Concluyéndose la familia para la cual fué únicamente fundado el patronato.

SECCION VIII.

Del patronato pasivo.

1895 El patronato pasivo, que hemos definido en el número 1840 no puede llamarse estrictamente patronato, por no traer su orígen de las mismas causas que el activo, y depender en un todo de la voluntad del fundador. No vemos en él sino un llamamiento igual al que se hace en las fundaciones de los mayorazgos.

1896 Los patronatos pasivos generalmente consisten en la obtencion de una capellanía, legado pio ú otros bienes, y estos son los que creemos suprimidos por las leyes vigentes.

1897 En el patronato pasivo, que consiste en el desempeño de un cargo eclesiástico, se preferia siempre al mayor de edad en igualdad de derecho

1898 El que goza del derecho de ser instituido, puede presentarse al obispo pidiendo la institucion como nombrado por el fundador, del mismo modo que el llamado á la sucesion de un mayorazgo se presenta al juez pidiendo la posesion.

1899 Esto se entiende en el caso de no estar unidos en una misma familia ó en distintas personas, pero para un mismo objeto, los dos patronatos activo y pasivo; pues entonces concluido el uno se entiende tambien concluido el otro, y el llamado al patronato pasivo no podia pedir por sí la institucion, sino que debia ser presentado por los que gozan del activo.

1900 Cuanto hemos dicho en este título del patronato activo, que consiste solo en el honor de presentar al clérigo, debe entenderse siempre que á este honor no esté unida la posesion de ciertos bienes ó la concesion de una capellanía colativa, pues en este caso está comprendida esta supresion en el artículo 4.° de la ley de 19 de agosto de 1841, y deberá hacerse lo que en ella se prescribe, segun indicaremos despues cuando tratemos de dicha ley.

TITULO XXV.

De las capellanías.

SECCION I.

Qué sean, y de cuántas clases.

1901 Capellanía es *una carga* y obligacion de celebrar anualmente una ó muchas misas en cierta capilla, iglesia ó altar.

|| Esta obligacion compete al que teniendo el patronato pasivo, ha adquirido el título necesario para entrar en la posesion de los bienes destinados al cumplimiento de las cargas, que deberá desempeñar por sí ó por otros, segun de la clase que sea la capellanía, y lo que en ella se haya prescrito por el fundador. ||

Divídese la capellanía en mercenaria, colativa y gentilicia.

1902 Mercenaria se dice la que solo obliga á su poseedor á mandar celebrar el número de misas que el fundador haya designado. Son dos sus clases: una que se llama propia y adecuadamente *capellanía laical*, *memoria de misas* ó *legado pio*, porque se funda sin autoridad del ordinario, y ninguno puede ordenarse á título de ella, de modo que viene á ser un salario ó estipendio del sacerdote que ha de celebrar las misas.

1903 Por otro nombre se llama tambien patronato real de legos á modo de vínculo ó mayorazgo, por lo cual de esta clase de capellanías debe decirse lo mismo que hemos dicho de los mayorazgos en el título anterior. (Estan suprimidas por el artículo 1.° de la ley de 27 de setiembre de 1820.)

1904 La otra clase es de la misma naturaleza, á diferencia de que el capellan cumplidor (que asi se llama) administra sus bienes, goza todo su producto, debe hacer constar el cumplimiento de las cargas, y á costa de las rentas tener sus fincas bien reparadas, de modo que no se destruyan ni deterioren.

1905 En esta clase de capellanías, lo mismo que en las anteriores, no tiene lugar lo dispuesto por los cánones en órden al término para su presentacion, ni por consiguiente hay colacion ni institucion canónica, ni tiene que entender en los bienes de ella el ordinario diocesano. Las obtenian indistintamente clérigos ó legos, y están comprendidas tambien en el art. 1.° de la ley citada.

Todo lo que se dice en la misma ley y sus aclaraciones con respecto á mayorazgos, debe entenderse de esta clase de capellanías.

1906 Capellanía colativa es la instituida con intervencion y auto-

ridad del ordinario, y que se equipara á los beneficios eclesiásticos, perteneciendo siempre al obispo la institucion canónica ó la colacion.

1907 Llámase esta gentilicia cuando la presentacion se ha de hacer por un lego, no pudiendo el fundador prohibir á los obispos que hagan su institucion canónica.

1908 Para la supresion de las capellanías colativas se ha dado una ley especial, que copiamos al fin de este título; pero quedando los actuales poseedores en el goce de dichas capellanías con el mismo concepto en que las obtuvieron (art. 7.º), y habiéndose de proveer como tales aquellas acerca de las cuales hay pleitos pendientes (art. 8.º), creemos necesario tratar de ellas aunque lijeramente.

SECCION II.

De las capellanías colativas.

1909 La presentacion de las capellanías colativas puede tocar á persona lega ó eclesiástica segun lo disponga el fundador; pero la colacion, institucion canónica ó investidura, el cuidado de la conservacion de sus fincas, el cumplimiento de sus cargas y el conocimiento de la legitimidad de los pretendientes, pertenecen privativamente al ordinario diocesano en cuyo territorio estan fundadas.

1910 El patrono en estas capellanías tiene tan solo la facultad de nombrar capellan dentro del término prescrito por derecho canónico, y el nombrado por él será preferido á los colitigantes que no lo estén, si se halla en igual grado con ellos y con las demas cualidades que ecsigió el fundador, y no de otra manera.

1911 Estas capellanías se llaman con propiedad colativas, porque sus bienes se han considerado como puramente eclesiásticos, y por ellas se pagaba subsidio.

1912 Pueden conferirse á presbíteros, y á los que no lo son para que se ordenen á título de ellas, segun lo disponga el fundador.

1913 Para su obtencion siendo colativas simples sin cura de almas, ha de tener el capellan catorce años (Concilio de Trento, cap. 6, sesion 23 *de reformation*), escepto que el fundador mande conferirlas á los de menor edad, pues entonces habiendo entrado en los siete, pueden ser admitidos á su goce. (Ley 3, tit. 16, Part. 1.)

1914 Siendo beneficios con cura de almas ó curados, han de tener veinte y cinco. (Concilio de Trento, cap. 12, sesion 24, *de reformation.*)

1915 Las capellanías colativas pueden hacerse por el fundador incompatibles, lo mismo que las laicales, ponerles las condiciones honestas que le parezca, y dar la preferencia del modo que crea mas conveniente: todo lo cual deberá cumplirse.

‖ Doña Isabel II por la gracia de Dios y la Constitucion de la monarquía española, Reina de las Españas, y en su real nombre don Baldomero Espartero, Duque de la Victoria y de Morella, Regente del reino; á todos los que la presente vieren y entendieren, sabed; que las Córtes han decretado y nos sancionamos lo siguiente:

Artículo 1.º Los bienes de las capellanías colativas á cuyo goce estén llamadas ciertas y determinadas familias, se adjudicarán como

de libre disposicion á los individuos de ellas en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco segun los llamamientos, pero sin diferencia de secso, edad, condicion ni estado.

Art. 2.º En consecuencia de la anterior disposicion serán preferidos los parientes que con arreglo á la fundacion sean de mejor línea; y entre los de esta, aquel ó aquellos que fuesen de grado preferente.

Cuando se hiciesen estos llamamientos en general á los parientes, sin distinguir de líneas ni grados, serán distinguidos los mas prócsimos á los fundadores ó á los que estos señalen como tronco.

Art. 3.º En los casos en que las fundaciones dispongan que alternen las líneas, se dividirán los bienes entre éstas con entera igualdad, y la porcion que á cada una corresponda se adjudicará á los individuos ecsistentes de ella en los términos que dispone el artículo antecedente.

Art. 4.º Cuando solo el patronato activo fuese familiar, se adjudicarán tambien los bienes en concepto de libres á los parientes llamados á ejercerlo

Art. 5.º Si en alguna fundacion se dispusiese de los bienes para el caso en que dejare de ecsistir la capellanía, se cumplirá lo determinado en aquella.

Art. 6.º Las disposiciones que preceden tendrán aplicacion á las capellanías vacantes en la actualidad y á las demas segun fueren vacando.

Art. 7.º Los poseedores actuales continuarán gozando las capellanías en el mismo concepto en que las obtuvieron, y con entera sujecion á las reglas de las fundaciones respectivas. Pero podrán en su caso usar del derecho que les corresponde en virtud de los anteriores artículos.

Art. 8.º Los pleitos que sobre capellanías colativas se hallen pendientes, podràn continuar, y estas proveerse como tales, quedando los que lleguen á obtenerlas en el mismo caso que los actuales poseedores.

Art. 9.º Los parientes que conforme á los cuatro primeros artículos de esta ley, ó las personas que con arreglo al 5.º tuviesen derecho á los bienes de capellanías que no se hallên vacantes, ó sobre las que penda litigio, podrán desde luego pedir que se les declare la propiedad de dichos bienes, sin perjuicio del usufructo que á los poseedores corresponda.

Art. 10. A los tribunales civiles ordinarios de los partidos en que radiquen la mayor parte de los bienes, corresponde hacer la aplicacion de los derechos que se declaran en esta ley.

Art. 11. La adjudicacion de los bienes se entenderá con la obligacion de cumplir, pero sin mancomunidad, las cargas civiles y eclesiàsticas á que estaban afectos.

Por lo tanto mandamos á todos los tribunales, justicias, gefes, gobernadores y demas autoridades asi civiles como militares y eclesiásticas de cualquiera clase y dignidad que sean, guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas y cada una de sus partes. Tendreislo entendido para su cumplimiento, y dispondreis se imprima, publique y circule.=El Duque de la Victoria.=En Madrid á 19 de agosto de 1841.=A don José Alonso.

TITULO XXVI.

De la sucesion intestada.

1916 Al conceder las leyes al hombre la facultad de disponer de sus bienes para despues de su muerte, no podian dejar de prevenir lo conveniente para el caso de que faltase el testamento, que es el medio por el que aquel manifiesta legalmente su voluntad: caso harto frecuente por mil circunstancias fáciles de conocer. Por esto han establecido las personas que entonces deben suceder en los bienes del finado. Esta sucesion se llama *intestada*; y tambien *legítima*, porque dimana en un todo de la ley, á diferencia de la que procede del testamento ó voluntad espresa del hombre, la cual se ha denominado testamentaria. De aquí que la *herencia intestada* se defina: aquella en que se sucede segun las leyes, y no por disposicion espresa del difunto.

Esto supuesto, ecsaminaremos en la primera seccion los principios que han guiado al legislador para determinar las personas que suceden al intestado, y los casos en que esta sucesion tenga lugar; y espondremos en las siguientes los modos de suceder que generalmente se distinguen, los diferentes órdenes de sucesion, y las personas que en estos se hallan comprendidas.

SECCION I.

De los casos en que tiene lugar la sucesion intestada.

1917 Para determinar la ley las personas que han de suceder *ab-intestato* ha consultado estos tres principios:

1.º Que deben arreglarse las disposiciones en esta materia conforme á la voluntad presunta del difunto, es decir, deben hacerse á la sucesion aquellos llamamientos que es de presumir que hubiera verificado el difunto en su testamento, si lo hubiese otorgado.

2.º Que es de creer que las designaciones de sucesores hechas por los testadores son prueba principalmente de su cariño, al propio tiempo que un medio de atender á las necesidades de aquellos, á sus servicios y aun hasta á sus esperanzas.

3.º Que el cariño y esperanzas están en relacion directa con la mayor ó menor procsimidad de parentesco (1).

(1) Pero no siempre han sido consecuentes con estos principios las leyes: basta para convencerse de esta verdad recorrer las personas llamadas á la sucesion por ellas; baste para ejemplo lo que se verifica en la sucesion de los medios hermanos.

1918 Es ademas un principio de derecho respecto de sucesiones, que *donde está la legítima voluntad del difunto cesa la disposicion inmediata de la ley.* Principio que debe tener una necesaria, cumplida y cabal aplicacion, para conseguirse los fines y fundamentos de la testamentifaccion.

1919 Veamos ya cuando debe entenderse que ésta falta, ó quién se dice intestado *respecto de la herencia*, para que tenga lugar la sucesion legitima.

1920 Se verifica esto en los casos siguientes:

1.° Cuando el que tiene facultad legal para hacer testamento no lo hizo. (Ley 1, tít. 13, Part. 6.)

2.° Cuando en el otorgamiento del testamento se faltó á las solemnidades requeridas por derecho. (*Véase núm.* 1007 *y siguientes*: la misma ley.)

3.° Cuando no instituyó heredero.

4.° Cuando lo hizo bajo de condicion y esta no se cumplió.

5.° Cuando instituyó heredero desde cierto dia, hasta que este llega; ó hasta cierto dia, y este ha pasado. (*Véanse los números* 1127 *y* 1374 *y siguientes.*)

6.° Cuando el instituido heredero no aceptó la herencia, ó murió antes que el testador, ó se incapacitó legalmente para aceptarla. (*Véase núm.* 1106 *y su nota*,)

7.° Cuando despues de hecho legalmente el testamento, nace al testador un hijo del que ninguna mencion hizo en aquel. (Ley 1.ª, citada, tít. 13, Part. 6.) (*Véanse núms.* 1323 *y* 1324.)

8.° Por la querella de inoficioso testamento. (*Véase* 1322.)

1921 Las mandas y legados contenidos en el testamento en los seis últimos casos son válidos; salva siempre la legítima de los hijos. (Ley 1.ª, tít. 18, lib. 10, Novís. Recop.)

1922 Es claro que tambien serán tenidos como abintestato en cuanto á los efectos de que nos ocupamos, los bienes de aquel que carezca de capacidad legal para testar. (*Véanse núm.* 1046 *y siguientes.*)

SECCION II.

De los modos de suceder abintestato *en general.*

1923 Tres son los modos de suceder *abintestato*, á saber: *por cabezas* ó sea *por derecho propio*, *por estirpe ó por tronco*, ó llámese *por derecho de representacion*, y *por líneas.*

1924 Se sucede *por cabezas* cuando cada una de las personas llamadas á suceder lo hacen en virtud de derecho que à sí mismas pertenece, atendida la procsimidad de su parentesco con el finado; en cuyo caso se divide la herencia en tantas partes cuantas son las personas que suceden.

1925 *Por estirpes* cuando las personas llamadas á la herencia vienen representando á otros parientes mas prócsimos del testador que ya murieron, y ocupando el lugar de estos. Divídese la herencia en este caso, no en tantas partes cuantas son las personas que suceden, sino en tantas cuantas son las representadas; y corresponde igual cantidad á

cuatro herederos que representan à una sola persona, que á otros dos ó uno que representan á otra.

1926 La sucesion *por líneas* tiene lugar entre los ascendientes, de los cuales el mas prócsimo escluye al mas remoto: por ejemplo, el padre á los abuelos. En igualdad de grados de parentesco con el finado y siendo ascendientes de ambas líneas paterna y materna, se divide la herencia en dos partes iguales, esto es, en tantas cuantas son las líneas; y de ellas una corresponde al ascendiente ó ascendientes de parte de padre, y otra à los de la madre, sin que obste que por una línea ecsista tan solo un abuelo, por ejemplo, y por la otra los dos, pues igual porcion se dará á estos dos que á aquel solo.

SECCION III.

De los órdenes de sucesion intestada y en particular del de descendientes legítimos.

1927 Esto supuesto, tres son los órdenes de suceder sin testamento, á saber: *de descendientes*, *de ascendientes* y *de colaterales.* (Ley 2, título 13, Part. 6.) Nosotros subdividiremos cada uno en dos secciones, poniendo en la primera los legítimos y en la segunda los ilegítimos de cada órden, pues son notables las diferencias que ecsisten entre la sucesion de estos y la de aquellos. En esta nos toca hablar de los *descendientes legítimos.*

1928 En este primer órden bajo el nombre de descendientes legítimos no solamente se comprenden los propiamente tales, sino tambien los legitimados por subsiguiente matrimonio y los *putativos* ó nacidos de matrimonio que, siendo nulo, se creia de buena fé válido al menos por uno de los cónyuges; sin distincion de varones ó hembras, nacidos ó póstumos; ora se hallen en la potestad pátria, ora emancipados. Tambien se comprenden en este órden los nietos en defecto de sus padres en iguales términos, y finalmente todos los que proceden por línea recta hasta el infinito. (Ley 3, dicho título.)

1929 Suceden, pues:

1.° Los descendientes de primer grado ó sean los legítimos, legitimados por subsiguiente matrimonio y putativos que tuviese el intestado, sin distincion de varones ó hembras, emancipados ó no, nacidos antes de la muerte de su padre ó póstumos, en los términos espuestos en el número anterior. Todos estos suceden por cabezas.

2.° A falta de alguno de los hijos, si éste dejase descendientes, entrarán á suceder en union con sus tios; esto es, con los hijos del intestado, ocupando el lugar de su padre, ó sea por derecho de representacion.

3.° En defecto de hijos ó sea de descendientes de primer grado, serán llamados los nietos, biznietos y demas descendientes: pero todos ocupando el lugar de los hijos, los cuales se reputan como causantes de su derecho. (Leyes 3, tít. 13; y 20, tít. 1, Part. 6; ley 1, tít. 20, libro 10, Novís. Recop.)

1930 Dedúcese de esta doctrina la regla general siguiente:

De los descendientes, solo los de primer grado suceden por cabezas,

y todos los demas suceden siempre por estirpes, ó sea por derecho de representacion, y ésta tiene lugar en ellos hasta el infinito.

1931 Así pues, si suceden solamente hijos, la herencia se divide en tantas partes cuantos estos sean.

1932 Si con los hijos concurren nietos por haber muerto el padre de estos, sucederán los nietos por estirpes, y percibirán entre todos la porcion que su padre hubiera recibido.

1933 Si muertos los hijos suceden nietos, todos representarán à sus respectivos padres; é igual porcion cabrà à cuatro nietos de un solo hijo que á dos de otro, la cual partirán entre sí por partes iguales.

SECCION IV.

De la sucesion de los descendientes ilegítimos.

1934 No recordaremos aquí los que tienen incapacidad respectiva de ser herederos, puesto que ya diginos en los números 1107 y siguientes las distintas clases que hay de hijos ilegítimos y sus derechos, cuya doctrina debe tenerse presente en este lugar.

1935 Cuando se trata de hijos ilegítimos debe siempre quedar salvo el derecho de los legítimos; sin que puedan recibir por sucesion testamentaria mas que lo que puede dejarse á los estraños, y teniendo derecho en la intestada á los alimentos sin esceder del mismo quinto.

1936 La dificultad de ser conocidos por el padre aquellos hijos *que las justas nupcias no demuestran*, ha sido lo que influyó para que la ley, al paso que les da derecho en la sucesion testada é intestada de la madre, se lo niegue en la del padre. Por esta razon nos ocuparemos con separacion de ambos casos,

1937 En defecto de descendientes legítimos sucederán á la madre por testamento y abintestato los naturales y espúreos, por su órden y grado, con preferencia á los ascendientes. (Ley 5, tit. 20, lib. 10, Novísima Recopilacion.)

1938 Los incestuosos y adulterinos, que se dicen de dañado y punible ayuntamiento, son escluidos; y lo mismo los sacrílegos: tanto respecto del padre como de la madre y sus parientes.

|| No es nuestro ánimo ecsaminar las razones de justicia y de conveniencia que las leyes han podido tener en esta parte para castigar el delito de los padres en la persona de los hijos ilegítimos, y privarles de los derechos de sucesion en los términos que hemos espuesto: debemos sí indicar que las palabras de la ley citada (que es la 9 de Toro), en la que se dice *por su órden y grado*, han hecho dudar á nuestros intérpretes acerca de si entre los hijos naturales y espúreos debe haber preferencia, ó si deben ser llamados á un tiempo á suceder. Los que quieren que aquella ecsista (en mayor número por cierto) dicen que la palabra *órden* se refiere al órden mismo en que se mencionan, siendo primero los naturales; y ademas que la ley se ha propuesto bien ó mal, castigar el delito de los padres, y hay mayor mancha respecto del espúreo. ||

|| Los que lo contrario sienten, se apoyan en que las repetidas palabras tienen por objeto el caso en que hubiere hijos, nietos y

otros descendientes, sin que se infiera preferencia porque una clase se mencione antes que otra; y en que siendo odiosa aquella razon sobre ser injusta, no debe estenderse la desgracia de los hijos á otros casos que los que espresa y terminantemente se hallan marcados en la ley.

|| Pocas veces en verdad podrá ocurrir este caso en la pràctica; pero por mas que nuestro deseo sea el de que ninguna diferencia se estableciese, creemos no ser posible, atendido el espíritu de las leyes de Toro.

1939 En iguales términos que los naturales suceden á la madre, suceden al padre los legitimados por rescripto del Rey con derecho de herederar. (Ley 7, tit. 20, lib. 10, Novís. Recop.)

|| En otra parte hemos advertido ya que casi siempre se pide y concede la legítimacion con dicha clàusula de poder heredar á su padre en los términos referidos. Pero ademas de que de la ley citada no se deduce con claridad que sea precisa, creemos que aun cuando la legitimacion se hiciese sin ella, no conteniendo alguna otra por la que se restringiesen sus efectos, y siendo por el contrario general, debe siempre dar á los así legitimados el derecho de suceder á sus padres, aunque tengan ascendientes, escluyendo á estos. ||

1940 Los hijos adoptados ó prohijados por sus ascendientes les suceden como los legítimos en caso de que carezcan de legítimos que por derecho de procsimidad sean preferidos.

1941 Los adoptados por estraños y lo mismo los arrogados les suceden en defecto de descendientes y ascendientes legítimos.

|| Entre las personas que ocupan este órden de sucesion legítima colocan algunos, y entre ellos Febrero, al sustituto pupilar. Otros le escluyen, en nuestro sentir con razon, en concurrencia con la madre y otros ascendientes. Sobre esto hemos dicho lo suficiente en la nota puesta en seguida del núm. 1410, á donde remitimos á nuestros lectores. ||

1942 El hijo natural sucede á su padre ab intestato en la sesta parte de la herencia, aunque este tenga muger legítima, segun lo ordena la ley 9, tit. 13, Part. 6. *Las leyes antiguas otorgan que el padre, muriendo sin fijos legítimos, puede el fijo natural heredar los bienes, de las doce partes las dos, non dejando él muger legítima; ca si la dejase, embargaría al fijo de guisa* (de manera) *que no podria demandarlas. E porque non podímos fallar ninguna razon derecha por que se movieron los que ficieron las leyes á toller* (quitar) *á tal fijo esta su parte, por esta razon de la muger legítima que dejase su padre: por ende* (por tanto) *tenemos por bien é mandamos que la haya, é que non se le embargue por esta razon.* Mas sin embargo los ascendientes legítimos del padre escluyen en un todo á los hijos naturales.

|| Esta es la doctrina que Febrero sienta en el núm. 6, página 39 del tomo 4.° : va haciendo la estension al nieto en el número siguiente; y parece estar en contradiccion con lo que espresa en el número 70, página 99 del tomo 1.° , que dice así: «No dejando (el difunto intestado) descendientes legítimos, le sucederán (los hijos naturales), no en la 6.ª parte de la herencia segun el derecho de las Partidas, sino en el quinto, que es lo que los padres pueden dar en vida ó dejar por muer-

te á sus hijos ilegítimos por razon de alimentos, en caso que esten obligados á dárselos, segun lo dispone dicha ley 10. *Mandamos que en caso que el padre ó la madre sea obligado á dar alimentos á algunos de sus hijos ilegítimos en su vida ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su alma, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegítimo; de la cual parte despues que la oviere el tal hijo, pueda en su vida ó en su muerte facer lo que quisiere.*

No hallamos por tanto resuelta por Febrero, al menos con claridad, la cuestion de si con arreglo á las leyes 8 y 9 citada, tít. 13, Part. 6, los hijos naturales, en defecto de descendientes legítimos y en concurrencia con los ascendientes, deben suceder abintestato á su padre natural conocido en la sesta parte de la herencia, que podrán dividir con su madre, sin que lo impida la viuda del difunto. El no haber sido espresamente derogada la repetida: el decir la 6 de Toro "*ú otros que hayan derecho de heredar*" : el que siempre se les deben alimentos: que no perjudica la legítima de los ascendientes; y finalmente la consideracion que en general merece la suerte desgraciada de aquel que ninguna culpa tuvo en los deslices del autor de sus dias, son otras tantas razones que apoyan la opinion afirmativa, que generalmente prevalece en el foro. La reciprocidad de la sucesion que establece la ley citada de Toro entre descendientes y ascendientes: el llamar á estos en el mismo órden y casos en que suceden aquellos: el que la ley 10 de Toro citada antes permita que los padres les puedan instituir, y guarde silencio en caso de sucesion intestada; y por último, este mismo silencio observado en la ley de 16 de mayo de 1835, que solo llama à suceder á los hijos naturales en defecto de parientes dentro del 4.° grado, segun veremos, cuando parece que son otras las ideas que dominan en nuestros dias y otra la consideracion que aquellos nos merecen, sirven de apoyo à la opinion contraria, á saber, la de los que absolutamente niegan la sucesion de los ilegítimos dejándoles tan solo los alimentos: á cuya opinion nos parece que conducen mas que á otra los párrafos insertos de Febrero. ||

SECCION V.

Segundo órden de suceder.=Ascendientes legítimos.

1943 El cariño natural hácia las personas que nos dieron el sér, la indemnizacion y justa retribucion de lo que se les debe por sus cuidados y desvelos, la consideracion de que la mayor parte de lo que los hijos poseen ha procedido de sus padres, ó ha sido adquirida por su contemplacion, ó fue debida al destino ú ocupacion que estos les proporcionaron, unida à que à los colaterales, y principalmente á los hermanos, solo se les dilata en su caso la percepcion; han hecho que las leyes llamen á los ascendientes à suceder en defecto de descendientes legítimos ú otros que hayan derecho de heredar.

1944 Asi como con relacion á los descendientes nos ha sido pre-

ciso distinguir los legítimos de los ilegítimos, asi se verificarà tambien respecto de los ascendientes, pues que la sucesion es recíproca.

1945 Debemos tener presente, segun indicamos en la seccion segunda, que entre los ascendientes es la sucesion *por líneas*; es decir, escluyendo el mas prócsimo al mas remoto, y en igualdad de procsimidad dividiéndose la herencia en dos partes, una para la línea paterna y otra para la materna, cualquiera que sea el número de personas en ellas contenidas. Esta es la regla general que siempre debe observarse, sin que segun ella al hacer la particion se atienda à si los bienes procedieron del padre ó de la madre para adjudicarlos á sus líneas respectivas, sino que se divida por iguales partes todo lo que por cualquiera de las líneas como por cualquier otra razon, adquirió el difunto.

Fúndase esta doctrina en que despues que los bienes están unidos ó incorporados en el patrimonio de alguno, se confunden, y pierden el nombre de su procedencia. Sin embargo, este principio general conoce como escepcion los pueblos en donde está en observancia el fuero de troncalidad. (Ordenamiento de Nájera.) (Ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 5.º del Fuero viejo; y ley 10, tít. 6, lib. 3.º del Fuero Real.)

1946 Esto supuesto, vengamos ya á determinar las personas comprendidas en este segundo órden de sucesion.

En defecto de descendientes, en los términos dichos en las secciones precedentes, heredarán *abintestato*:

1.º Los padres legítimos del descendiente difunto, por partes iguales.

2.º Si deja padre solo ó madre sola, heredará todos los bienes con esclusion de los abuelos, puesto que aqui no tiene lugar la representacion, y sí se atiende á la procsimidad.

3.º En defecto de padres sucederán los abuelos de ambas líneas paterna y materna por partes iguales.

4.º A falta de abuelos por ambas líneas, podrian suceder los bisabuelos en iguales términos.

1947 De aqui es que muerto un descendiente, viviendo el padre y la madre, la herencia se divide por partes iguales entre ellos.

Si solo hubiere padre ó madre, aun cuando tuviese abuelos, aquel recibirá toda la herencia.

Y finalmente, si no hubiera mas que un abuelo por una línea y dos por la otra, percibirá aquel tanta parte de la herencia como los otros dos juntos, es decir, uno la mitad, y los otros la otra mitad: ecsistiendo dos por cada una, percibirán partes iguales.

1948 Con los ascendientes no suceden ya los hermanos y sobrinos del difunto, segun lo hacian por la ley 4, tít. 13, Part. 6, que fué derogada por la 7.ª de Toro (2.ª, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop.), escluyéndolos; no haciendo mas que dilatarles la percepcion, caso de que aquellos no necesitasen de los bienes, puesto que como descendientes son sus herederos forzosos.

|| Febrero ecsamina con particular detencion, si los bienes de los descendientes se han de partir siempre por partes iguales entre los ascendientes, segun lo hemos establecido, ó si estos tendrán preferencia respecto de los bienes en que gozasen usufructo. Indica con este ino-

tivo que por derecho antiguo (romano sin duda) todos los bienes del hijo pertenecian al padre en propiedad y usufructo: que despues, creados los peculios, tuvo en el adventicio el usufructo, y el hijo la propiedad; y despues manifiesta su opinion, diciendo: que si concurriesen dos ó mas ascendientes á la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufructo de sus bienes, debe ser preferido en él y llevarlo por toda su vida. Se apoya en que no concluyéndose el usufructo por la muerte del propietario, se iria en contra de esta doctrina si por la muerte del hijo concluyese para el padre ó abuelo. El mismo advierte que serán muy pocos los casos en que esto suceda, puesto que en el de la emancipacion legal, que tiene lugar cuando el hijo contrae matrimonio, ademas de salir de la pátria potestad, adquiere el peculio en propiedad y usufructo.

Opinamos sin embargo, que en su caso no debe haber tal preferencia, porque habiendo dado la ley 1, tit. 20, lib. 10, Novís. Recop. facultad al hijo para disponer del peculio como quiera en su testamento, y á favor de quien quiera, parece que se infiere de ella que muerto el hijo concluyó el usufructo del padre; sin que sea injusta esta doctrina, pues que la ley aumentó hasta dos terceras partes la porcion que los hijos han de dejar necesariamente á sus ascendientes.

SECCION VI.

Ascendientes ilegítimos.

1949 Asi como en defecto de descendientes legítimos suceden los naturales y espúreos à la madre, asi tambien ella sucederá á aquellos con preferencia á cualquiera otro por testamento y ab intestato.

1950 El padre natural tambien sucederà al hijo natural reconocido legalmente, en defecto de descendientes de su hijo y con preferencia á cualquiera otro, quedando escluidos por los ascendientes paternos todos sus parientes colaterales que no estén unidos con un vínculo legítimo.

SECCION VII.

Tercer órden de suceder.=Parientes colaterales legítimos.

1951 La legislacion de Partida, consultando el cariño y teniendo en cuenta la mayor procsimidad de parentesco, llamó á la sucesion intestada en defecto de descendientes y ascendientes, á los parientes colaterales ó de travieso por su órden y grado. Hasta el décimo grado de parentesco, segun la computacion civil, llegaba el derecho de suceder, y en defecto de personas contenidas en dicho grado, era llamado el Estado. (Ley 6, tit. 13, Part. 6.) Las leyes 1, tit. 11, lib. 2; y 6, título 22, lib. 10, Novís. Recop., limitaron aquel derecho á los parientes constituidos dentro del cuarto grado, teniendo solo derecho á heredar los hermanos, sobrinos, tios y primos hermanos del finado; si bien se suscitaron mil dudas y cuestiones respecto de la manera de hacer la computacion, que hoy no tienen objeto.

La ley de 16 de mayo de 1835 restableció en parte la ley de Partida, dando al mismo tiempo lugar en este órden de sucesion al hijo natural reconocido respecto de su padre y á los cónyuges no separados por demanda de divorcio al tiempo de la muerte; determinándose ademas que la computacion sea civil, como que puramente civil es el negocio de que se trata.

1952 El conocimiento de las personas llamadas á suceder, el órden y modo con que deban verificarlo, es muy fácil teniendo presentes los principios y reglas siguientes:

1953 Hemos dicho que la computacion de grados ha de ser civil, y que deben contarse principiando desde el pariente colateral que quiera suceder, subiendo hasta hallar el padre ó ascendiente de quien todos los que la soliciten proceden, esto es, el tronco comun, y descendiendo despues hasta el pariente difunto de cuya sucesion se trata: asi que, en el caso de ser un primo hermano, se subirá al padre y de él al abuelo comun, de este se bajarà al hijo, hermano del padre del que sucede y padre del finado, y despues seguiremos hasta este, resultando por consecuencia cuatro grados.

1954 En la sucesion colateral se atiende á la procsimidad de parentesco, de modo que todos los que se hallen en igual grado sean llamados á suceder, dividiéndose la herencia en tantas partes cuantas son las personas; y si uno solo fuere el mas prócsimo, escluiria á todos los demas mas remotos. Esceptúase el caso de que sucedan hermanos del difunto y haya muerto alguno de ellos dejando hijos, pues entonces suceden estos representàndole.

De aqui procede la regla general siguiente contraria à la que se observa en la sucesion de los descendientes: *En la línea colateral se sucede siempre por cabezas, á no ser que con los hermanos concurran los hijos de hermano ó sean sobrinos, los cuales suceden por estirpes*; y solo hasta ellos alcanza el derecho de representacion, cuando suceden con sus tios, dando preferencia el doble vínculo de parentesco. (Ley 5, dicho tít. y Part.)

1955 Hemos dicho que el doble vínculo de parentesco solo da preferencia hasta el cuarto grado; es decir, que los hermanos y sus hijos que lo sean de parte de padre y madre serán preferidos á los hermanos que lo sean por parte de padre ó madre solamente, y sucederán tan solo en defecto de aquellos. Pero los hermanos consanguíneos, ó sea de parte de padre, heredan los bienes que el difunto hubiere obtenido de su padre; y los uterinos, ó sea los de parte de madre, los que procediesen de esta; y los bienes adquiridos por cualquiera otro concepto, se dividirán entre todos por partes iguales. (Ley 6, dicho 1 tit. y Part.)

1956 Conforme con el derecho de representacion que hemos dicho alcanzar hasta á los hijos de hermanos cuando concurren con sus tios, es el que estos no los escluyan; si bien entre todos aquellos percibiràn, representando à su padre, igual porcion que uno de estos. Advertimos que esta regla solo tiene lugar cuando los sobrinos concurren con sus tios, porque si lo hacen solos, la sucesion se verifica por derecho propio, y la herencia se divide en tantas partes cuantas son las personas. La razon es porque en este caso se atiende esclusivamen-

te á la procsimidad de parentesco, que es igual en todos, sin que haya peligro de que otros mas prócsimos los escluyan. Llama no obstante la atencion que unas mismas personas en un caso tengan derecho à percibir mas parte de la herencia y en otro menos, y ademas que la representacion tenga lugar cuando hay otros mas prócsimos: razon porque en el silencio que guarda la ley 8 de Toro han creido algunos que cuando el número de sobrinos es desigual se sucede por derecho de representacion. Sin embargo, el que la ley citada se contraiga solo al caso de que concurran con los tios, y los términos de la ley 13, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real; y la ley 5, tit. y Part. citados, hacen que creamos como mas cierta la primera opinion, y que atendiendo à la igualdad de grado de parentesco en que se hallan los sobrinos, cuando son solos deben heredar por iguales partes.

1957 Supuesta ya esta doctrina, vengamos á determinar por su órden y modo las personas llamadas á suceder á un pariente colateral que sea legítimo.

1958 Lo harán en defecto de descendientes y ascendientes:

1.º Los hermanos enteros ó de padre y madre del difunto por derecho propio, ó sea dividiéndose la herencia en tantas partes cuantos sean en número. Si muriese algun hermano dejando hijos, estos suceden por derecho de representacion, y cualquiera que sea su número percibirán igual porcion que la que á su padre, si viviese, hubiera pertenecido.

2.º En defecto de hermanos de doble vínculo sucederán los sobrinos, hijos de aquellos, por derecho propio, segun la opinion que hemos establecido, y se harán tantas partes cuantas sean las personas. Solo hasta aquí dá prelacion el doble vínculo de parentesco.

3.º Faltando hermanos enteros y sus hijos, son llamados los consanguíneos y uterinos con los suyos en iguales términos que queda dicho en los números anteriores, pero consultando la procedencia de los bienes, segun dejamos consignado.

4.º En defecto de hermanos y sobrinos suceden los tios del difunto, á los cuales son preferidos los hijos de los hermanos, ó sea los sobrinos, aun cuando en igualdad de grado; porque la línea de los descendientes, aun respecto de los colaterales, siempre se reputa mas cercana, y porque el hijo del hermano representa indistintamente al hermano del difunto, y para heredar es lo mismo que si viviera. Los tios suceden por derecho propio.

5.º A falta de estos suceden los primos hermanos del difunto por derecho propio, y sin que la procedencia del doble vínculo dé preferencia.

6.º No ecsistiendo parientes legítimos dentro del cuarto grado civil, sucederán al padre los hijos naturales legalmente reconocidos. (Ley de 16 de mayo citada.)

7.º En su defecto son llamados á la herencia recíprocamente los cónyuges no separados por demanda de divorcio contestada al tiempo de su fallecimiento; y á su muerte volverán los bienes raices de abolengo á los laterales. (Dicha ley.)

8.º No ecsistiendo las personas mencionadas, sucederán los parientes desde el quinto al décimo grado civil; teniendo solo preferen-

cia la mayor procsimidad, y dividiéndose la herencia en tantas partes cuantas son las personas constituidas en igualdad de grado. (La misma ley.)

9.° En defecto de todas estas personas es llamado á la sucesion el Estado.

SECCION VIII.

Parientes colaterales ilegítimos.

1959 En la sucesion de los ilegítimos, por las mismas razones que con relacion á los descendientes y ascendientes establecimos reglas diversas, debemos hacerlo tambien con relacion á los colaterales en defecto de aquellos.

1960 Al hijo natural que no tiene ni descendientes ni ascendientes, suceden:

1.° Los hermanos que tuviere por parte de madre con esclusion de los paternos; porque la madre es cierta y conocida, y no lo es el padre.

2.° En su defecto los hermanos legítimos por parte de padre si los hubiese.

3.° Los ilegítimos naturales por parte de padre. (Ley 12, título 13, Part. 6.)

1961 La citada ley esclluye á los hijos naturales del derecho de heredar á sus hermanos legítimos ni otros parientes que les pertenecen por parte de padre, aun cuando los llama á los maternos, siendo los mas prócsimos en grado. Sin embargo, algunos fundados en la ley 9 de Toro y en que la sucesion debe ser recíproca, quieren que así como los legítimos suceden á los naturales, lo hagan estos á aquellos: opinion que no parece probable.

SECCION IX.

De la cuarta marital.

1962 Cuando las viudas, muerto su marido sea testado ó intestado, quedan pobres ó sin bienes para subsistir con arreglo á su clase, no obstante que hayan hijos ú otros parientes, tienen derecho de la cuarta parte de los bienes de aquel, con tal que no esceda de 100 libras de oro, cuya parte, que se llama *cuarta marital*, se considera como deuda legal. (Ley 7, tít. 13, Part. 6.)

1963 Nada mas dice la ley: pero los autores establecen que si la viuda contrajese segundo matrimonio, perderà la propiedad de los bienes que constituyan la cuarta marital, conservando el usufructo; es decir, que serán reservables para los hijos del primer matrimonio, y que la perderá cuando vive lujuriosamente.

1964 Quieren tambien dar igual derecho al viudo pobre; pero aun cuando parece hay la misma razon, ni lo dice la ley, ni se observa en la práctica.

SECCION X.

De la sucesion en los bienes troncales en los pueblos donde por fuero ó costumbre se observa.

1965 La ley 6 de Toro (1, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop.) al paso que ordenó en general el modo de suceder los descendientes á sus ascendientes, y al contrario, segun hemos ya manifestado, esceptuó algunos pueblos en los que debia seguir rigiendo en su fuerza y vigor el Fuero municipal ó costumbre de suceder en sus moradores. (Fuero de Sepúlveda.) Esta escepcion se halla espresamente marcada por las últimas palabras de la ley citada, que concluye de esta manera: *lo cual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco ó la raiz á la raiz.*

1966 Esta escepcion ó modo especial de suceder debe entenderse tan solamente respecto de la sucesion intestada, y no por testamento, pues de lo contrario se impediria al testador la libertad de testar (Gomez en la glosa de esta ley, núm. últ.); si no es que se haya observado tambien en las disposiciones testamentarias.

1967 Para que esta manera de suceder pueda tener lugar es preciso é indispensable que claramente se pruebe la observancia del fuero; porque consistiendo el uso y costumbre en hecho, debe probarse este por quien lo alega.

1968 Segun este fuero, los bienes que deben volver al tronco, que por eso se llaman *troncales*, son no solo los que el difunto intestado heredó de sus abuelos, sino tambien los que hubo de sus padres y estos no hubieron de los suyos, mediante que la ley 10, tít. 6, lib. 3 del Fuero Real, dice: *El abuelo que fué del padre* (por parte del padre) *herede lo que fué del padre; y el abuelo que fuere de la madre, herede lo que fué de la madre.*

1969 Lo propio parece que debe militar en los que el hijo adquiere de otra parte; pero esto no es tan cierto, porque ni la ley lo dice, ni se colije de ella.

1970 Entre estos bienes troncales se deben incluir los censos perpétuos, pues siguen la naturaleza de bienes raices; y asi deben volver al tronco sin disputa. Pero no los redimibles, escepto que haya costumbre contraria en el pueblo; porque estos no son bienes raices, ni mas que un dinero puesto á interés con seguridad y prohibicion de pedirlo el que lo dà, hasta que quien lo recibe quiera devolvérselo; y el primero no tiene ningun dominio en la finca afecta á su responsabilidad, sino solo hipoteca en ella y derecho á percibir sus réditos; y si se redime el capital, no hay finca raiz, y queda únicamente el dinero, que es la cosa mas movible que hay.

1971 No se amplía la disposicion de este fuero á los bienes raices ecsistentes fuera del territorio en donde se usa.

Ni á personas de quienes no hace ninguna mencion.

Ni á los bienes muebles, aunque estén en el mismo pueblo.

Ni tampoco á los bienes que la muger lleva en dote, estimados con

estimacion que causa venta; porque como el dominio de ellos se trasfiere al marido, puede éste volverlos si quiere, y si no su estimacion, sin que muerto el hijo se obligue precisamente á la devolucion. (Leyes 18, 19 y 20, tit. 11, Part. 4.)

1972 El heredero de los bienes troncales y el de los demas pagarán á prorata las deudas del difunto, porque ambos son verdaderamente herederos y no legatarios: el primero en virtud del Fuero municipal, y el segundo por la citada ley de Toro.

SECCION XI.

Advertencias sobre sucesiones intestadas.

1973 En las herencias abintestato en que hubiere herederos conocidos que desde luego puedan entrar en la posesion de los bienes, no deben intervenir ni los jueces seculares ni los eclesiàsticos.) Ley 13, título 20, lib. 10, Novis. Recop.) Los herederos cuidaràn de hacer el entierro, ecsequias y demas sufragios que fuere costumbre; y caso de ser omisos podràn compelerles por medio de sus jueces propios.

1974 Los jueces ordinarios son los que conocen de los abintestatos con todas sus incidencias. En el caso de que los llamados à heredar sean menores ó ausentes, nombraràn un defensor de la herencia.

FORMULARIO.

Pedimento en que un heredero abintestato *pretende la posesion de los bienes.*

1975 F., en nombre de N., vecino de esta córte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: Que E., hermano de mi poderdante, murió en esta córte sin descendiente ni ascendiente ninguno, dejando tales y tales bienes en estos ó aquellos sitios; en cuya atencion:

Á V. suplico, que habiendo por presentado el poder, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y dada en cuanto baste, se sirva declarar á mi poderdante por heredero abintestato del espresado su hermano, y mandar por consiguiente que se le dé la posesion ó cuasi posesion de dichos bienes. Pido justicia, &c.=*Auto.*=Dé la informacion, y hecha, autos.

Pedimento solicitando una viuda la cuarta marital.

1976 F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: Que mi poderdante contrajo en tal dia matrimonio con P., de la misma vecindad, sin llevar ningunos bienes, ni los ha adquirido despues; y habiendo fallecido P., no dejó á mi poderdante cosa alguna, sin embargo de que en su testamento otorgado en tantos &c, que tambien presento, instituyó heredero á C. à cuya instancia está V. practicando el correspondiente inventario por ante el presente escribano que principió en tal dia. Pero aunque hasta el de hoy se han inventariado tales y tales bienes, estos y aquellos efectos y tanta cantidad de dinero, no ha podido conseguir mi poderdante ni aun el menor socorro, á pesar de los oficios políticos y urbanos que por medio de sugetos condecorados ha pasado á este fin al heredero, que es sabedor de todo; en cuya atencion:

A V. suplico, que habiendo por presentados los instrumentos referidos, se sirva condenar á C. á que entregue á mi poderdante la cuarta parte de todo el caudal que hubiese quedado por fallecimiento de P. y resulte del inventario y liquidacion que despues de concluido este debe hacerse; á cuyo fin nombro por perito à M., para que con el que nombre el heredero, se haga solemnemente á su tiempo la aplicacion á mi poderdante de la cuarta parte de todo el haber hereditario. Pido justicia y costas.

Por un otrosi se piden alimentos y litis espensas, sobre que se forma artículo.=*Auto.*=Traslado sobre todo.

TITULO XXVII

De los bienes reservados.

SECCION I.

De las personas que están obligadas á reservar ciertos bienes.

1977 Abolidas por la ley 4, tít. 2, lib. 1.º de la Novís. Recop., la pena de infamia y otras en que incurrian las viudas que se volvian á casar dentro ó despues del año de su viudedad, subsisten en su fuerza y vigor las disposiciones concernientes al bien y utilidad de los hijos de los matrimonios anteriores para que no sean perjudicados, y que los posteriores se lucren en su detrimento con los bienes que fueron del patrimonio de sus padres. Entre estas es la principal la obligacion que tienen las viudas de reservar á los hijos de los matrimonios anteriores la propiedad de todos los bienes de cualquier clase, sin escepcion, que hubieron de sus padres por testamento ú otra última disposicion ó por contrato lucrativo.

1978 La misma obligacion tiene el padre que se volviese á casar una ó mas veces, sin la mas leve diferencia ni distincion de casos, como lo ordena la ley 7, tít. 4, lib. 10 de la Novís. Recop., que dice: *En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primer marido ó heredaren de los hijos del primer matrimonio: en los mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad de ellos á los hijos del primer matrimonio, de manera que lo establecido cerca de este caso en las mugeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercero matrimonio.*

SECCION II.

De los casos en que los viudos están obligados á reservar á sus hijos ó descendientes legítimos lo que hubieron de ellos ó del cónyuge muerto.

1979 Si el marido deja á su muger algun legado genérico ó específico ó fideicomiso, ó le dona arras ó joyas, ó hace otra donacion por casamiento, aunque sea la que en latin llaman *sponsalitia largitas*, esto es, liberalidad esponsalicia ó de esposo, debe reservar en cualquier tiempo que se case, aun cuando haya pasado el primer año de viudedad y no tenga ningun hijo en el segundo matrimonio, todo lo

líquido que hubo de su padre y entró en su poder, pudiendo solo gozarlo como mera usufructuaria mientras viva; pues por el hecho de volverse á casar y por el perjuicio que les causa ó puede causarles, pierde en pena el dominio de todo ello, á cuya consecuencia tampoco puede enagenar, gravar ni hipotecar lo inmueble, distribuirlo entre los hijos del marido de quien lo hubo, ni dejar á uno mas que á otro; por lo que se han de repartir con arreglo al testamento de su padre. (Ley 1, tít. 2, lib. 3 del Fuero Real.)

1980 A la responsabilidad de todo lo donado están tácita é indistintamente hipotecados todos los bienes maternos presentes y futuros, aun cuando ella no los obligue espresamente (ley 26, tít. 13, Part. 5); y siendo muebles los que se han de reservar, debe estimarse por peritos que nombren las partes, y la viuda ha de dar fianza de restituirlos.

1981 Tambien tiene obligacion la madre de reservar los bienes que hubo de alguno de los hijos del primer matrimonio, bien por sucesion abintestato, bien por título particular de legado ó fideicomiso, provenientes de su padre, ya se case antes, ya despues que muere el hijo, ó aunque ninguno haya fallecido y lo habido fuese donacion de su padre hecha á dicho hijo, pues para el caso es lo mismo; en cuya atencion si deja el quinto de sus bienes ú otro legado á los hijos de su segundo matrimonio ó al padre de ellos ó á un estraño, no se ha de deducir de las arras, joyas ni demas que por título lucrativo adquirió de su primer marido, ni de lo que heredó abintestato de alguno de los de su anterior matrimonio y éste hubo de su padre, porque no son suyos sino de éstos, y solo se deducirá de los que verdaderamente le pertenecen.

1982 La obligacion impuesta á los padres que teniendo hijos se casan mas de una vez, tiene lugar, aunque estos fallezcan, si dejan nietos ó biznietos, por haber la misma razon; y asi pueden reivindicar la parte que se debia reservar á su padre ó ascendiente.

1983 Los bienes que los ascendientes deben reservar à sus descendientes legítimos, son únicamente los que aquellos hubieron del cónyuge muerto ó de su línea; en cuya atencion si la madre hereda abintestato á alguno de sus hijos del primer matrimonio, tan solo deberá reservar para estos ó sus herederos lo que aquel hubo por muerte de su padre y no lo adquirió por otro título, parte, línea, medio ó persona.

1984 Asimismo si el hijo que murió intestado despues de su padre, hubiere heredado á un hermano de éste, no estará obligada su madre á reservar para los demas hijos, hermanos enteros del muerto, la herencia que le dejó su tio, porque no la adquirió por la línea ni persona de su padre, ni éste tuvo nunca derecho á ella por haber muerto antes que su hermano.

1985 Igualmente si habiéndose casado tres veces la madre, y tenido hijos del primer y tercer matrimonio, heredare algo del segundo marido de quien ninguno tuvo, no está obligada á reservarlo para los del primero ni tercero.

1986 Si el padre ó la madre que pasó á segundas nupcias sucediere á algun hijo del primer matrimonio, y falleciese dejando pen-

dientes los frutos de los bienes de este hijo cuya propiedad debia reservar para sus hermanos, aunque parece que mediante adquirir el padre los frutos, se dividiràn entre su segunda muger y los hijos de ambos matrimonios como gananciales, del mismo modo que si ya los hubiera percibido; se han de restituir enteramente á los hermanos enteros del muerto deducidas las espensas, porque los frutos pendientes son parte del fundo que los produce; se conceptúan una misma cosa con él, si debe juzgar de ellos como de su propiedad, y de consiguiente deben pasar à quien pasa esta.

1987 Si habiendo casado y dotado en vida padre y madre á alguna hija de entrambos, muriese aquella, y despues su hija abintestato sin sucesion, habiendo heredado à ésta, y el padre mejorase á algun hijo del primero ó segundo matrimonio en el tercio y quinto de sus bienes, solo debe sacarse la mejora de los bienes propios del padre, que son los que por su parte dió en dote á su hija y por muerte de ésta volvieron luego á él, como asimismo de los demas que éste adquirió por otro título; y no de los que la hija hubo de su madre por su dote y herencia, porque el padre debe reservarlos para los hijos del primer matrimonio, quienes han de dividirlos entre sí con arreglo al testamento materno.

SECCION III.

En qué casos no están obligados los viudos que se vuelven á casar á hacer la reservacion á sus descendientes legítimos.

1988 La obligacion de reservar que imponen las leyes al padre y madre que vuelven à casarse, no tiene lugar en los siete casos siguientes:

1989 El primero es cuando el hijo aunque haya muerto intestado, heredó algo de sus abuelos ó de algun pariente ó estraño, ó se lo donaron, vendieron ó permutaron, ó lo adquirió con su industria, ó recayó en él por otro título que no sea de sucesion, porque de esto no habla la ley, y asi lo adquieren enteramente sus padres.

1990 El segundo caso es cuando el hijo muere testado; pues tampoco está obligada la madre à reservar lo que le dejó en su testamento con título de institucion ó legado, porque entonces sucede principalmente por su espresa voluntad como si fuera estraño, y no solo en virtud de la ley como cuando muere intestado.

1991 El tercer caso es cuando su marido le dió algo en premio de su virginidad, nobleza, juventud, &c., porque esta donacion no es lucrativa, sino remuneratoria; y asi se aplicará á todos sus hijos.

Pero esto se entiende cuando real y verdaderamente hay desigualdad notable entre el marido y su muger, sea en edad, calidad, ó en otra cosa semejante, y consta claramente que solo por este respecto y por vía de remuneracion le hizo la donacion; de suerte que aunque hoy se estila pretestar indistintamente en todos los contratos nupciales la virginidad, nobleza y otras prendas de la novia para ofrecerle arras el novio, no se ecsimirá de hacer la reservacion en caso de que no haya dicha desigualdad entre los dos, por no haber entonces propia-

mente donacion remuneratoria. (Leyes 7 al fin, tít. 2, Part. 4; y 9, título 11, lib. 2, Recop.; ó 2, tít. 27, lib. 11, Novís. Recop.)

1992 El cuarto caso es cuando precedió y obtuvo licencia del Soberano para volverse á casar, pues como legislador puede remitirla ésta y las demas obligaciones impuestas á las viudas que contraen segundas nupcias. (Ley 1 final, tít. 12, Part. 4.)

1993 El quinto caso es cuando quedó viuda siendo menor de 25 años, aunque despues de casada segunda vez se hiciese mayor de ellos, porque la menor edad la releva de la obligacion de los que se vuelvan á casar.

|| Acerca de esto hay sus dificultades porque las leyes hablan generalmente y no distinguen de menor ni mayor, ni le conceden espresamente este privilegio; y asi será por equidad y no de justicia. ||

1994 El sesto caso es cuando su difunto marido le concedió licencia espresa para volverse á casar, pues puede remitirle la obligacion, y respecto saberlo y consentirlo no se le hace injuria. Lo mismo procede si al tiempo de hacerle la donacion espresa que en ningun caso quiere quede obligada á reservarla, sino que la adquiera como si fuera patrimonial; y asi se dividirán entre todos sus hijos los bienes donados.

1995 Y el sétimo caso es cuando los mismos hijos siendo mayores de 25 años, le concedieron licencia ó consintieron en su casamiento, pues como establecida á su favor la obligacion, tambien se la pueden remitir.

Para la mas clara inteligencia de este caso y saber como ha de ser esta licencia, y cuándo por su concesion se perjudican ó no los hijos, es indispensable hacer distincion de los que puedan ocurrir.

1996 El primer caso es cuando los hijos mayores de edad consienten en que su madre pase á segundas nupcias, y le remiten espresamente toda injuria que les hace en ello ó todo su derecho. En este caso es indisputable que adquiere para sí en propiedad y usufructo todos los bienes que tenia en poder suyo de su primer marido, y los que habian recaido en ella por sucesion de sus hijos y éstos habian adquirido de su padre.

1997 El segundo es cuando los hijos tambien mayores consienten simplemente en que su madre se case, no renunciando espresamente el derecho y beneficio que la ley les concede; y entonces se debe decir lo mismo que en el caso anterior, pues por el hecho de consentir en el matrimonio es visto remitir su derecho. Lo espuesto en estos dos casos milita en los hijos menores, interviniendo la autoridad de sus tutores para prestar su consentimiento y hacer la renuncia, y probándose causas legítimas y seguírseles utilidad del casamiento de su madre, y no en otros términos.

1998 El tercer caso es cuando los hijos, aunque fuesen mayores y estuviesen presentes, callaron, sin hacer ningun acto ni gestion del que se infiera haber consentido en el matrimonio; en cuyo caso su mera presencia no les perjudica, porque no prueba su asenso, y por lo mismo no se liberta la madre de la pena de reservacion; pues una cosa es honrarla con asistir á su boda, y otra y muy diversa renunciar el derecho que la ley les concede, lo cual no es presumible mientras no conste. Ademas, los hijos no necesitan hacer protesta para dejarle ileso.

1999 El cuarto es cuando los hijos mayores presenciaron el segundo matrimonio no consintiéndolo espresamente, ni renunciando su derecho, pero interviniendo juntamente con su presencia algun acto positivo esterior de su parte con el que manifestaron su voluntad y consentimiento, en cuyo caso se perjudican.

2000 El quinto es cuando los hijos que asistieron à la boda no consistieron en nada espresa ni tàcitamente, pero despues la ratificaron de una de estas dos maneras; y entonces pierden tambien el beneficio de la ley, del mismo modo que si al tiempo en que se celebró hubiesen consentido, por ser lo propio lo uno que lo otro en cuanto al efecto. La ratificacion es tácita, v. g. cuando en su vida no se quejan del segundo matrimonio, ó viven familiarmente con su madre, ó la aman á ella ó á su padrastro, ó en vida ó muerte les donan algo, ó cuando por otras conjeturas se infiere su asenso.

2001 Y el sesto y último caso es cuando los hijos no presenciaron la celebracion del segundo matrimonio, de suerte que no pudieron consentir en él tácita ni espresamente, y despues que llegó á su noticia remitieron á su madre la injuria ó renunciaron espresamente su derecho; en el cual caso es indubitado que se perjudicaron, y que la madre adquirió la propiedad de los bienes reservables.

2002 La obligacion impuesta á la madre de reservar á sus hijos la propiedad de los bienes que su marido le dona ó le deja, no procede de ningun modo en su usufructo, pues aunque sea tanto que con él compre y adquiera otros, no está obligada á reservarlos á sus hijos.

2003 Aunque la madre viuda herede á algun hijo, y despues se case otro, no pierde por eso ni debe restituirle el usufructo que desde que se volvió á casar percibió de los bienes de su difunto hijo, y antes bien debe gozarlo toda su vida, porque no está comprendido en el que la ley 48 de Toro concede al hijo casado.

2004 Nada de los bienes que padre y madre adquieren y multiplican mientras están casados, deben reservar á los hijos de sus matrimonios anteriores, por haberlos lucrado con su industria y trabajo que es título oneroso, segun lo dispone espresa y claramente la ley 14 de Toro. (Es la 6, tít. 9, lib. 5, Recop.; ó 6, tít. 4, lib. 10, Novís. Recop.)

2005 Muriendo sin sucesion legítima algun hijo del matrimonio anterior despues de haber heredado á su padre, y habiendo dejado en su testamento, segun se lo permite la ley 6 de Toro, la tercera parte de sus bienes á uno de sus hermanos enteros, y las otras dos á su madre; si ésta se volviere á casar ó al tiempo de su fallecimiento estuviese casada, y el hermano legatario del tercio muriese intestado sin sucesion, por cuya razon le hereda su madre abintestato, no estará obligada á reservar á los hermanos enteros dicha tercera parte, porque no provino inmediatamente del padre, sino del hermano.

2006 Por pasar à segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que el marido le dejó de sus bienes simplemente y sin condicion de conservar viudedad ó con la de que le gozase mientras viviese, segun ha de decirse del marido si su muger le deja por usufructuario: ni tampoco si se le lega con la condicion de, *si viviese casta y honestamente*, pues por casarse no se debe decir que vive deshonestamente.

TITULO XXVIII.

Del inventario de los bienes hereditarios.

2007 Para completar la materia de herencias, ora sean testamentarias, ora legítimas, solo nos resta hablar de su particion, y por consiguiente del inventario, tasacion y colacion, como preliminares y medios sin los que no puede hacerse con arreglo à la voluntad del difunto ó á lo dispuesto por las leyes.

SECCION I.

Qué sea inventario: su etimología: motivos porque fué introducido, y sus especies.

2008 El inventario (base y principio de toda particion) *no es otra cosa que un instrumento en que se escriben y sientan los bienes de alguno por muerte suya, por embargo ú otro motivo.* (Leyes 99 y 100, tit. 18, Part. 3; y 5, tit. 6, Part. 6.)

2009 Derívase esta palabra del supino *inventum* del verbo latino *invenio*, que significa *hallar.*

|| Mejor seria decir que la palabra ó sustantivo castellano *inventario* se deriva del sustantivo latino *inventarium* y de su caso ablativo que es el mismo inventario, como sucede generalmente en todos los nombres latinos que han pasado à nuestra lengua con el ablativo latino. ||

2010 El inventario en esta materia de herencias ha sido introducido por cuatro razones:

1.ª y principal: para que los herederos no ocultasen los bienes hereditarios, especialmente los muebles.

2.ª Para que no quedasen obligados à mas de lo que importase la herencia.

3.ª Para que no dudando en vista de él á cuanto ascendia el caudal del difunto, no pidiesen término para aceptarla ó repudiarla.

Y la 4.ª Para poder probar las alegaciones negativas que de otro modo se tienen por improbables. (Cap. 11 y 12 de *Probation.* Hermosill., ley 9, tit. 1, Part. 5, glos. 5, núm. 9.)

|| Conviene recordar aqui lo espuesto desde el núm. 1465 al 1488. ||

2011 El inventario se divide en *solemne* y *simple.*

2012 Inventario solemne es *el que se hace observando todas las formalidades prescritas por derecho.*

2013 Simple *el que se formaliza haciendo solamente una descripcion ó nómina de bienes, sin observar con rigor dichas solemnidades*; pero el fin de uno y otro inventario es el de que se sepa qué bienes, de qué clase, precio, peso y medida hay y se administran, para procederse despues à su particion y entrega.

|| Febrero, como luego veremos, hace consistir la diferencia entre el inventario solemne y el simple en que para este bastan dos testigos, y no hay necesidad de acudir al juez ni de citacion alguna; pero no hallamos en el autor ni la consecuencia ni la claridad apetecida. No hay consecuencia, porque le veremos sostener que no es necesaria la presencia del juez en el inventario solemne: no hay claridad en las diferencias de este y del simple, porque el tutor y curador deben hacerlo solemne, y ni la ley 15, tit. 16, Part. 6, ni la 99, título 18, Part. 3, ordenan que hayan de asistir tres testigos, ni haya de ser citada persona alguna. La ley 5, tit. 6, Part. 6, y la 100, tít. 18, Part. 3, solo requieren tres testigos en el inventario del heredero, y no siempre, sino cuando está ausente ó no quiere asistir alguno de los legatarios; y aun sobre esto habemos ya manifestado nuestra opinion en el núm. 1469, porque es visto que los testigos no se requieren por solemnidad y forma del acto, sino como medio de probanza, para lo que bastan dos solos. Confesamos que las dos leyes citadas están espresas; pero téngase presente que la 5, tit. 6, Part. 6 es un estracto fiel de la ley 22, tit. 30, lib. 6 del Código, y que Justiniano, autor de ella é inventor del beneficio de inventario, ecsije que, no sabiendo escribir el heredero, lo firme por él otro escribano. Si en sentir de Febrero no debe observarse, ni se observa la citada ley 5 en esta parte, ¿qué razon habrá para que se observe en cuanto al número de tres testigos, cuando no se ecsijen para los demas inventarios, y cuando bastan dos para todo instrumento que no encierre última voluntad? ||

SECCION II.

Qué personas están ó no obligadas á hacer inventario solemne.

2014 Cinco son las clases de personas que, regularmente hablando, deben hacer inventario solemne:

1.° El *heredero*, sea simple y absolutamente instituido, ó *fiduciario*, que es el gravado con restituir á otro la herencia á tiempo cierto, pues debe dar cuenta de ellos á este segundo, que se llama heredero *fideicomisario.*

2.° El tutor y curador. (Véanse los números 557 y siguientes con sus notas.)

3.° El administrador de bienes agenos, el prelado eclesiástico, el fisco; y en una palabra, todos los que tienen que dar cuenta de bienes que se les entregan para su custodia y administracion.

2015 En órden à si el fisco estará obligado á hacer inventario solemne de los bienes que recaigan en él, se ha de distinguir de cuando le tocan como à heredero instituido, y cuando sucede en ellos por haberse confiscado á algun delincuente (hoy no puede tener lugar este

caso), ó por estar vacantes à causa de no parecer parientes del difunto é ignorarse á quién corresponden.

2016 Tocando los bienes al fisco por haber sido instituido heredero, debe hacer el inventario, y no lo haciendo, quedará obligado á los acreedores y legatarios aun á mas de lo que alcance la herencia, como queda otro cualquier heredero; porque en este caso el fisco usa del derecho de persona privada, y bajo este concepto solo goza de privilegio en los casos marcados por ley especial, aunque algunos dicen lo contrario.

2017 Pero cuando el fisco sucede en los bienes por algun otro de los titulos espresados, no tiene obligacion de hacer inventario de ellos, ni de satisfacer mas de lo que importen (ley 16, tit. 7, Part, 6); pues los herederos anómalos ó irregulares, como son el fisco en este caso, el padre que ocupa los bienes de su hijo por razon de peculio, los ejecutores universales que tienen el lugar de herederos, y otros que no suceden por derecho hereditario, se tienen por sucesores y poseedores, no por verdaderos herederos.

|| Téngase presente que arriba ha dicho que tienen obligacion de hacer inventario solemne todos los que tienen que dar cuenta de los bienes, y que mas especialmente lo dijo de los testamentarios universales al núm. 1511. ||

Las obligaciones del usufructuario en este punto estan ya consignadas en los núms. 887 y siguientes.

2018 El padre que tiene sus hijos en su poder no está obligado á formalizar inventario solemne de los bienes adventicios que les tocan, porque es legítimo administrador y usufructuario de estos, y no tiene que dar cuenta ni caucion de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon; de suerte que, aunque los administró mal, no es responsable por esto à menos de resultar culpable ó dolosa su administracion, ni incurre en pena alguna, por no haberse establecido contra él. (Gom., ley 48 de Toro, núm. 16; Ayor., Part. 1, cap. 2, núm. 16.)

2019 Pero ha de decirse lo contrario del número anterior si el padre no tiene el usufructo por ser castrenses ó cuasi-castrenses los bienes, ó por estar casado y velado juntamente ó emancipado el hijo, ó por otro motivo; pues entonces, como no es legítimo administrador de ellos, debe dar cuenta y por consiguiente inventariarlos.

2020 En el caso ya espresado de tener el padre el usufructo de los bienes, debe hacer descripcion de ellos con la misma claridad y distincion ante escribano y dos testigos á presencia de los mismos hijos si son capaces, sin necesidad de acudir al juez ni de citacion alguna; en lo cual se diferencia el inventario solemne de la descripcion, pues que esta solo se hace para que los hijos sepan qué bienes adventicios les corresponden, y no se oscurezcan ni se presuman adquiridos en el segundo matrimonio (caso de contraerlo el padre), ni tampoco se ignore qué bienes están sujetos á reserva.

2021 El padre no tiene término cierto y perentorio para la descripcion indicada; por lo que si quisiere pasar á segundo matrimonio, deberá hacerla antes de contraerlo y de otorgar la dote de su muger, declarando y liquidando los que son suyos y de sus hijos, y «obligarse con su persona y con los suyos propios presentes y futuros á resti-

tuírselos ó su importe, y darles cuenta con pago cuando salgan de su poder.»

2022 Si el padre tiene bienes raices, podrà hipotecarlos especialmente à la responsabilidad de los maternos de sus hijos para no perjudicarles, y el escribano protocolizarà la descripcion y obligacion que à su continuacion haga el padre, como otra cualquiera escritura ó acto estrajudicial que pase ante él, y de ello darà las copias autorizadas que se le pidan.

2023 No queriendo el padre que intervenga escribano (puesto que aquel es quien hace el inventario, y se ha de estar à su manifestacion, mientras no se pruebe ocultacion; que no es presumible quiera gravar su conciencia defraudando à sus hijos; y que el escribano solo da fé de lo que aquel dice y manifiesta, por lo que viene à ser indiferente que autorice ó no la descripcion), bastarà que al mismo padre la haga por sí solo en una relacion jurada é individual que firme (por la que se deberà pasar), y con ella se escusa de gastos inútiles; entendiéndose esto sin perjuicio de lo que se ha dicho debe practicar en el caso de querer casarse; pues que el derecho hace gran confianza del padre, y presume de él mejor que de la madre y demas parientes.

2024 Si los hijos son casados y velados y han entrado en los diez y ocho años, pueden partir con su padre los bienes que haya dejado su madre y darse entre sí el correspondiente resguardo estrajudicial, sin necesidad de que intervenga curador, pues que á la dicha edad los habilita para administrar y percibir sus bienes y los de su muger (ley 14, tít. 1, lib. 10, Novís. Recop., aunque Febrero equivocadamente dice, que hayan cumplido los diez y ocho años); pero con la diferencia de que siendo todos los bienes muebles, basta que la descripcion, particion y resguardo sean simples; y si algunos ó todos son raices, es necesario intervenga escribano, porque como son perpétuos, se requiere escritura pública que acredite á la posteridad su adquisicion, dominio y adjudicacion, y les sirva de título de propiedad y pertenencia para poder disponer de ellos.

|| La ley 114, tít. 18, Part. 3 dice que la escritura privada hecha sobre cosa señalada, así como sobre venta ó cambio de casa, ó de viña ó de otra cosa tal, no vale para probar con ella cumplidamente, como quiera que hace alguna presuncion; porque las escrituras de tales contratos deben ser hechas por manos de escribanos públicos, ó de otros siendo firmadas por buenos testigos, á fin de que no pueda hacerse en ellas falsedad ni engaño. (Puede verse la glosa 10 de Gregorio Lopez sobre la misma) ||

2025 A pesar de lo dicho en el número anterior, si el casado que entró en los diez años recibió daño en la particion, sea esta judicial ó estrajudicial, hágase ó no con asistencia de curador, podrán usar de su derecho dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco, porque el matrimonio no les priva del ausilio de la ley de Partida, y la Recopilada quiso favorecerlos, no dañarlos. (Véase el número 654 y su nota.)

2026 Pero si el padre sucede como heredero á algun hijo capaz de testar que no se halla bajo su poder, debe hacer inventario solem-

ne, pues de omitirlo quedará obligado por las deudas en mas de lo que alcance la herencia, porque se tiene por estraño, y ninguna ley le esceptúa en este caso.

|| Lo hasta aqui espuesto sobre los derechos de los padres en los bienes de sus hijos pudiera haberse dicho con igual oportunidad en el título 3, de la patria potestad, núm. 176, y en el 4.º al tratarse del usufructo, núm. 588, porque está en contacto con ambos á dos puntos; pero ha parecido mas conveniente reservarlo para este lugar por no invertir y anticipar el órden natural de las materias; y finalmente advertimos que el padre no necesita decreto del juez para enagenar los bienes del hijo cuando hay justa causa para la enagenacion, aunque no debe hacerla sin aquel requisito. Así lo sienta Sala en su Ilustracion, tomo 1, pág. 87; Febrero, tom. 2, pag. 183; tom. 3, pag. 56; tom. 4, pag. 406; tom. 5, pag. 102, apoyàndose en la ley 24, tít. 13, Part. 5: pero esta misma ley viene á hacer casi ilusoria la facultad del padre, y mucho mas atendidas las glosas 5 y 9 de Gregorio Lopez. ||

2027 Si el marido ó su muger sin hijos que no se instituyeron recíprocamente herederos, se apoderase de todos sus bienes y de los del consorte difunto, deberá por razon de la mútua sociedad legal celebrada entre ambos con el matrimonio hacer descripcion de ellos, porque tiene que dar cuenta à los herederos del difunto de los que éste dejó; mas por omitir la formacion del inventario solemne no incurrirá en las penas impuestas á los herederos y otros que estando obligados á hacerle, no le hacen, porque ninguna ley se las impone ni manda formalizarle con toda solemnidad. (Ayor. part. 1, cap. 2, núms. 10 al 14.)

SECCION III.

Dónde y ante qué juez deben los herederos hacer el inventario.

2028 || Conviene tener aqui presente lo dicho en la seccion segunda del título 15, núm. 1465 y siguientes. ||

1029 Debe hacerse el inventario en el lugar del domicilio del difunto y ante su juez, aunque todos sus bienes no esten en un solo pueblo; pues una una vez incoado y radicado el juicio, debe el juez à instancia del heredero espedir requisitoria à las justicias en cuyo territorio se hallen, para que los inventaríen y tasen, y le remitan despues originales las diligencias obradas para unirlas á las principiadas en su juzgado: lo cual procede aun cuando fallezca fuera de su domicilio, porque este acaso no puede privar á su juez de conocer de su testamentaría, como competente.

2030 En real órden de 19 de junio de 1764 (hoy nota 6, tít. 21, libro 10, Novís. Recop.) se declaró que el conocimiento de los testamentos, inventarios y particiones de bienes de los militares difuntos toca á sus jueces; y el de los que se hagan ú ocurran sobre bienes y herencias que les dejan personas á quienes no competa el fuero militar y pleitos sobre ellas y las de sus criados que mueren fuera de campaña, á la justicia ordinaria, y no á la militar, como lo dispone tambien el art. 14, trat. 8, tít. 11 de las ordenanzas del ejército, cuyo tenor dice: "La justicia ordinaria ha de conocer en los inventarios y pleitos

que ocurriesen sobre herencias que se dejaren á los militares por personas estrañas de la jurisdiccion militar, ó les perteneciesen por testamento ó abintestato, aunque fueren de sus padres ó hermanos; y tambien conocerá en los inventarios y herencia por muerte de cualquiera criado militar acaecida fuera de campaña."

2031 Tambien debe conocer la justicia ordinaria de las testamentarías de los factores de la provision de víveres del ejército, entregados que sean los efectos de la provision, segun está declarado en Real cédula de 8 de marzo de 1785 (ley 7, tít. 21, lib. 10, Novís. Recop.), con motivo de la competencia formada entre el comandante de armas de la villa de Estepona, su corregidor y el intendente de Andalucía sobre conocimiento de la testamentaría del factor don Antonio Uriondo.

La Real cédula citada dice así: "Con noticia que tuve de esta competencia, y tomados sobre ella los informes y noticias convenientes, he venido en declarar que el conocimiento y ecsàmen de dichos autos corresponde notoriamente al espresado corregidor de Estepona, á quien mando se le devuelvan para que los continúe conforme á derecho, una vez que se hallan entregados los efectos de la provision, con cuyo respecto deberia gozar el fuero de Hacienda segun las últimas reglas dadas para la provision. Y conformàndome, para evitar en adelante semejantes conflictos jurisdiccionales, y que se desautorice à los magistrados, con lo que se me propuso al propio tiempo, tuve á bien ordenar que la espresada declaracion sirva de regla en este y demas casos ocurrentes."

2032 Si el difunto tenia dos domicilios sujetos á un mismo Soberano, pertenece la formacion de inventario al juez del pueblo en que fallezca, porque este es competente no solo por razon del domicilio, sino tambien de su muerte.

Pero si teniendo dos domicilios, muere fuera de ellos, debe conocer del inventario y continuarle el juez de los dos que le prevenga, si no es que la desigualdad del domicilio sea muy considerable, en cuyo caso debe pertenecerle al de aquel donde vivía la mayor parte del año.

2033 Si el lego instituye varios herederos, y uno ó mas de ellos son clérigos, se debe hacer el inventario ante el juez secular, por cuyo mandato han de ser citados como los legos, pues que esta citacion no lo es propiamente, sino un mero aviso para que como interesados en parte de la herencia comparezcan, si quieren, á usar de su derecho, ni tampoco arguye superioridad, y asi ni el juez secular le apremia á ello, ni el clérigo por no comparecer incurre en contumacia, ni se anula el acto.

|| «Como el juez secular ante quien se forma el inventario, tiene facultades para hacer que se practiquen todas las diligencias que conduzcan á él, y de consiguiente las de citar al clérigo como uno de los herederos, para que no pueda quejarse ni alegar nulidad por no habérsele citado, creo que esta citacion lo es propia y verdadera, mayormente cuando si para la formacion del inventario es necesaria alguna diligencia del clérigo, podrá compelerle à ella el juez secular por los medios legales, pues de otra suerte se quedaria sin evacuar el acto, y serian ilusorias dichas facultades; y á vista de esto y de que sobre el

particular de que hablamos, las personas eclesiásticas *deben*, segun se dice en la Real cédula de 13 de junio de 1775 que luego se insertará, *acudir ante las justicias ordinarias*, tienen estas sobre aquellas en el presente caso como en otros cierta especie de superioridad.» (*Nota del reformador de Febrero.*) Es principio de derecho conforme con la recta y sencilla razon que el que tiene jurisdiccion, tiene tambien las facultades necesarias para su perfecto y cumplido ejercicio: qué medidas pueda tomar el juez lego en asuntos de su competencia contra el clérigo inobediente ó contraventor; cuándo podrá imponer multas y hacerlas efectivas por sí en ciertos bienes; cuándo habrá de impartir el ausilio del juez eclesiástico, es materia muy controvertida entre los autores y tal vez sin la debida imparcialidad. ||

2034 Igualmente en la sucesion del lego al clérigo, sea por institucion ó abintestato, no menos que en la apertura y publicacion de su testamento é insinuacion de la donacion que haga el segundo al primero, debe procederse ante el juez secular; porque la calidad eclesiástica como personal dura únicamente en los bienes del clérigo mientras vive, y espira con su persona, perdiendo la herencia por la aceptacion del lego el nombre del que la dejó, y tomando el del aceptante.

2035 Cuando el testador y su heredero son clérigos, ó el clérigo lo es del lego, la publicacion y apertura del testamento cerrado así como la insinuacion de la donacion que haga el secular al eclesiástico, se deben hacer ante el juez secular como competente; del mismo modo que la tutela legítima y curaduría de la persona y bienes de menores legos que se confiere al clérigo su pariente, la ha de discernir el juez secular (leyes 45, tít. 6, Part. 1; y 14, tít. 16, Part. 6) (véase número 538), y por consiguiente se ha de dar cuenta de ella ante él; aunque la de menores clérigos que se encarga al lego, ha de discernirla el juez eclesiástico, y el mismo ha de aprobar las cuentas.

2036 Pero cuando el clérigo sucede al lego ó á otro clérigo por testamento ó abintestato como pariente mas cercano, ó cuando es instituido lugar pio, se ha de hacer el inventario ante el juez eclesiástico; porque en estos casos se trata de interés de clérigo y cosa eclesiástica, y por la aceptacion de la herencia se constituyen suyos los bienes perdiendo el nombre del lego á quien pertenecieron.

2037 Sin embargo de esto y de que es conforme al dictámen de nuestros autores fundados en la razon espuesta (aunque algunos dudando de su opinion dicen que se ha de estar á la costumbre del pueblo), se halla resuelto en la citada Real cédula de 13 de junio de 1775 que los jueces eclesiásticos no conozcan de nulidad de testamentos é inventarios, secuestros ni administracion de bienes, aunque se hayan otorgado por eclesiàsticos, y algunos de los herederos ó legatarios sean comunidades ó personas eclesiàsticas (núm. 1589): y para que nadie deje de usar de su derecho y de introducir los recursos competentes de fuerza en conocer y proceder, si se entremetiesen los jueces eclesiásticos en su conocimiento, á causa tal vez de ignorar esta decision, ni sea molestado y sacado de su fuero, se inserta aqui literalmente.

"El Rey. A vos &c.; Sabed: Que por don Juan Bautista Nardiz, vecino de la villa de Berméo en el señorío de Vizcaya, se me representó que doña María Ana y doña María Antonia Nardiz, hermanas, la pri-

mera casada con don José de Lorra, síndico del convento de san Francisco de la referida villa, y la segunda que vivia en su compañía en estado honesto, otorgaron con el espresado don José, à influjo del guardian del mencionado convento y de otro religioso que era confesor de la doña María Ana, testamento con fecha 20 de marzo de 1721, en el que dispusieron de todos sus bienes á favor del convento con título de fundacion de misas rezadas, y que nombrasen administrador de los referidos bienes el guardian y discretos del convento, teniendo aquel un voto y estos otro: que los causantes de Nardiz noticiosos de lo que pasaba, luego que falleció la doña María Antonia, acudieron ante la justicia ordinaria de la espresada villa de Berméo pidiendo se declarasen nulas sus disposiciones y la de doña María Ana, y se les declarase por herederos abintestato; pero el administrador don Juan Bautista de Arteaga recurrió al ordinario eclesiástico de Calahorra, y consiguió que inhibiese á la justicia real; y aunque llevados allí los autos declinaron jurisdiccion, sustanciado el artículo, se declaró juez competente, é introducida la fuerza en la Real Chancillería de Valladolid, declaró que no la hacia el eclesiástico en conocer y proceder en dicha causa, lo cual ha sido el orígen de los graves perjuicios é imponderables dispendios que despues se han seguido á la familia del referido Nardiz, que por necesidad se sujetó á la jurisdiccion eclesiástica: Que sin embargo de que probaron en la primera instancia no solo las persecuciones de los frailes de aquel convento, guardian y confesor, sino las amenazas y málos tratamientos que don José de Lorra hizo á su muger para obligarla á hacer aquella disposicion, como tambien las sugestiones que intervinieron para que accediese à ella su hermana doña María Antonia, la cual vivió miserablemente bajo la opresion de los frailes que la aterraban con el juramento que tenia hecho de no revocar el testamento, á lo que habia manifestado sus deseos, el ordinario eclesiàstico habia declarado válidas sus disposiciones: Y que, llevados los autos al tribunal de la nunciatura, despues de varias sentencias dadas en ellos revocatorias unas de otras, últimamente habia recaido ejecutoria de tres conformes declarando válidas dichas disposiciones, y esponiendo por menor la resistencia de estas con lo dispuesto en las leyes del Reino y autos acordados, la injusticia de dichas determinaciones segun lo que resulta justificado en autos, y la nulidad del auto de fuerza de la Real Chancillería que ha sido el motivo de tantos perjuicios, y con que ha quedado arruinada esta familia: Me suplicó fuese servido mandar que el mi Consejo hiciese traer los autos que se hallaban en la secretaría de breves de la nunciatura, y resultando por ellos que es negocio que toca á la jurisdiccion real, emplazar á las partes, y con su audiencia se determinen en él por los mismos autos, coadyuvando el derecho de dicho don Juan Bautista Nardiz el mi fiscal, atendiendo á las dilaciones y mayores gastos que se ocasionarian de remitirlo á las justicias ordinarias donde tuvieron su principio, ó á la Chancillería: y habiendo sido servido de remitir al mi Consejo la citada representacion para que me consultase su contenido y súplica cuanto se le ofreciese y pareciese: vista en él con los antecedentes que se citan y se mandaron entregar *ad effectum videndi*, teniendo presente lo espuesto sobre todo por el mi fiscal, en consulta de 22 de marzo de este año me hizo presente su

parecer, y por mi Real deliberacion á ella que fué publicada en él y mandada cumplir en 11 de mayo prócsimo antecedente, entre otras cosas he venido en declarar, que el conocimiento de la nulidad ó validacion de los testamentos y codicilos otorgados á nombre de don José de Lorra y su muger doña Maria Ana de Nardiz y de doña María Antonia su hermana, corresponde á la justicia real, y que se retengan los autos en el mi Consejo en donde toca su conocimiento por ser las citadas disposiciones notoriamente contra el auto acordado 3, tit. 10, lib. 5, Recop. (hoy ley 15, tit. 20, lib. 10, Novís. Recop.); y para ejecucion de lo demas resuelto he acordado espedir esta mi cédula, por la que os hago la mas séria advertencia para que en adelante no permitais que los tribunales eclesiásticos tomen semejantes conocimientos de nulidad de testamentos, inventarios, secuestro y administracion de bienes, ni en iguales juicios reales en que todos son actores, aunque se hayan otorgado por personas eclesiásticas, y algunos de los herederos ó legatarios sean comunidades ó personas eclesiásticas, pues todos como verdaderos actores al todo ó parte de la herencia que siempre se compone de bienes temporales y profanos, deben acudir ante las justicias reales ordinarias, por ser ademas de las razones espuestas la testamentifaccion activa civil sujeta á las leyes reales, sin diferencia de testadores, y un instrumento público que tiene en las leyes prescrita la forma de su otorgamiento: y mando que los recursos de esta naturaleza se pasen á mis fiscales residentes en esa audiencia para que defiendan la jurisdiccion Real con el celo y doctrina que deben por sus empleos, dando cuenta al mi Consejo de los casos en que la vieren atropellada; y quiero que esta mi Real cédula se lea en el acuerdo pleno con la asistencia precisa del regente y de los fiscales, y se coloque en el archivo; repitiendo su lectura en el primer dia de tribunal del mes de enero de cada año, para que no se olvide su puntual observancia por lo mucho que importa escusar á los súbditos el ser fatigados con sacarlos á litigar de sus propios jueces, á cuyo fin dareis las órdenes y providencias que convengan." Esta Real cédula con referencia de las remitidas à las chancillerías y audiencias se renovó y publicó por otra de 15 de noviembre de 1781 que en lo dispositivo está conforme con aquellas, y es la ley 16, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop.

SECCION IV.

Qué requisitos deben concurrir en el inventario.

2038 Para que el inventario solemne de los bienes del difunto sea válido y produzca los sesenta y ocho efectos que recopila Guerreiro, han de concurrir en él siete requisitos.

|| El reformador de Febrero dice con propiedad y chiste: "¡Alabo la paciencia del tal Guerreiro! No he hallado este autor, aunque he hecho diligencias en su busca, pues deseaba ver por curiosidad que tales eran sus mas de cinco docenas y media de efectos, entre los cuales habrá sin duda algunos muy estraños y singulares." ||

2039 El primero es que se cite, poniéndose en la citacion el dia, mes, año y hora, no solamente à los herederos, sino tambien á los le-

gatarios y acreedores ciertos, á cada uno particular ó singularmente en sus personas, pudiendo ser habidos, por si quieren presenciar la formacion del inventario: estando ausentes en parage de donde puedan venir, por requisitoria; é ignorándose su paradero, por edictos ó proclamas, ley 5, tít. 6, Part. 6. (Véase el núm. 1469.)

2040 Pero hoy dia no se practica regularmente en estos reinos de Castilla la disposicion del número anterior en cuanto à citar à los acreedores y legatarios, ya porque está en su arbitrio redargüir de diminuto el inventario siempre que averiguen haberse omitido incluir en él algunos bienes, y ya porque, como habiendo bienes que partir, antes de hacerse la division se deducen (segun debe hacerse) los créditos contra el caudal, por no haber ni poder llamarse herencia sino el resíduo, no se les puede causar perjuicio; y por lo tanto se cita únicamente á la viuda y herederos entre quienes se ha de hacer la particion.

2041 El segundo requisito es que se haga ante juez y escribano, aunque de necesidad no se requiere la presencia del primero, porque ninguna ley nuestra lo manda; ni las 99 y 100, tít. 18, Part. 3, que prescriben la forma de estender el inventario los herederos y el tutor, ni la 5, tít. 6, Part. 6, hablan de semejante cosa. (Véase núm. 2013.)

2042 Y por lo tanto, conociendo el Consejo que á mas de no ser del caso la presencia del juez, se originaban dispendios inútiles y perjuicios á los menores y ausentes; que en el de querer ocultar algunos bienes el heredero presente ó el tutor, nadie se lo puede impedir por mas que el juez se desvele en precaver la ocultacion; que los menores y ausentes pueden usar despues de su derecho, si la acreditan; y que la asistencia del juez ningun vigor dá al inventario, y antes bien causa desfalco á los interesados, por mas que la hidrópica codicia de algunos quiera aparentar que es conveniente para evitar el estravío de los bienes: mandó sábia y justamente en el cap. 5 del arancel dado á los tenientes de corregidor de esta villa en 11 de abril de 1768 lo siguiente:

"Los tenientes solo asistan á inventarios y tasaciones de bienes de testamentarías en los casos que haya que recontar dinero ó inventariar bienes y alhajas preciosas, para lo cual se considera que bastan dos dias; y en estos casos solo puedan llevar treinta reales por mañana, y otros tantos por la tarde. En los demas inventarios, tasas y almonedas no es necesaria la asistencia del juez, pues basta la de los interesados; y siéndolo menores ó ausentes, la de sus tutores, curadores y defensores por ellos."

2043 Este capítulo ecsonera á los interesados del crecido gravámen de derechos supérfluos al juez, y se debe observar en todo el reino, porque cuando el soberano manda á algun juez una cosa, es visto mandarla á todos los de sus dominios en igual caso y circunstancias. Y esto es todavía mas cierto cuando el testador ordena que no asista el juez, y que solo el tutor testamentario ú otras personas que elije lo hagan estrajudicialmente á presencia de escribano y testigos; pues puede mandarlo así, como tambien que formalizen la tasacion y particion de sus bienes.

2044 Esta práctica se observa como justa en Aragon y Valencia, segun afirma Colon en su instruccion de escribanos, tom. 2, lib. 3,

cap. 3; pero se entiende, no pretendiendo algun acreedor que se haga inventario judicial, porque si lo pretende, deberá intervenir el juez con los nombrados por el testador, y satisfechos el acreedor ó acreedores, cesará, y los comisionados evacuarán por sí solos entre los herederos lo que el testador les ordenó, sin que el juez pueda impedírselo por haberse acabado la jurisdiccion que le prorogaron los acreedores.

|| Con motivo de lo que sienta Febrero sobre las facultades del testador para nombrar persona ó personas que estrajudicialmente hagan el inventario, tasacion y particion de los bienes, copia su reformador la ley 10, tít. 20, lib. 10, Novís. Recop., cuyo tenor es el siguiente: «Don Cárlos &c. Sabed: Que con el fin de evitar que el caudal de los pupilos y huérfanos se disipe en diligencias judiciales y costas que por lo comun causaban los llamados padres generales de menores y defensores de ausentes, cuyos oficios por gravosos se han consumido en muchos pueblos del reino, adoptó el mi Consejo el medio de conceder permiso á los testadores que lo han solicitado, para que luego que fallezcan, formen los aprecios, cuentas y particiones de sus bienes los albacéas, tutores ó testamentarios que señalan como sugetos imparciales, íntegros y de su total confianza, cumpliendo despues dichos testamentarios con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobacion, y que se protocolicen en los oficios del juzgado del juez ante quien se presentan. Consiguiente à estas providencias, y habiéndose promovido espediente en mi chancillería de Granada sobre la particion de los bienes que quedaron por fallecimiento de un vecino de la ciudad de Córdoba, declaró aquel tribunal que el contador de cuentas y particiones en ella no debia intervenir en la disputa; y de sus resultas el dueño de estos oficios don Damian de Castro y García, vecino de la misma ciudad, me representó que por estas disposiciones se hallaba despojado de la formacion de cuentas y particiones entre menores que le pertenecía por su título, con cuya atencion solicitó entre otras cosas me sirviese declarar no debian obstar dichas providencias al ejercicio, uso y facultades de su título: esta representacion la mandé remitir al mi Consejo para que me espusiese su parecer; y visto en él y consultado con mi Real Persona, he venido en declarar no haber lugar á las pretensiones de don Damian de Castro y García, y quiero que esta providencia sea estensiva y sirva de regla general para iguales casos en que los contadores de cuentas y particiones, á pretesto de las facultades concedidas en sus títulos, soliciten privar á los testadores de las que tienen para nombrar partidores ó contadores que dividan las herencias entre sus hijos menores, cuya libertad debe conservarse á los testadores, pues lo contrario seria de mucho perjuicio à la causa pública. ||

2045 El tercer requisito para la validacion del inventario solemne es que se ponga en él como forma sustancial el dia, mes, año y lugar en que se empieza y concluye, del mismo modo que en cualquiera instrumento público, pues de lo contrario no vale.

2046 Pero asi como en los instrumentos no necesita el escribano poner con individualidad la casa, pieza, ni hora en que se otorgan, pues basta hacer mencion del pueblo con el dia, mes, año y otorgantes, asi tampoco en los inventarios es necesario que ponga las

piezas en que se hallan los bienes muebles que cada dia se juntan; y solo será conveniente espresar la hora en que se principia y concluye en cada uno, para que se sepa las que se emplean, á fin de regular las dietas ó salarios; como tambien será muy útil mencionarla en los instrumentos cuando un deudor otorga muchas obligaciones en un mismo dia á favor de diferentes sugetos, ante un mismo escribano, para graduarlos por el tiempo en caso de ocurrencia ó concurso. Antes del año 1383 en que don Juan el Primero mandó se contasen los años desde el dia del nacimiento de Jesucristo, se contaban por eras, ó por la era de Cesar (Augusto) que principia treinta y ocho años antes de la cristiana que seguimos; pues en instrumentos anteriores á dicho tiempo (1383) verá el escribano que se hace mencion de eras.

|| De la era habla estensamente el padre Mariana en el cap. 23, dedicado á este solo objeto, lib. 3 de su historia de España. En las Córtes de Valencia de 1358 se estableció, que los años no se contasen como solian por la era de Cesar, sino por el nacimiento de Cristo. En las Cortes de Segovia (de 1383 bajo don Juan el Primero) ninguna cosa se estableció, que se sepa, de mayor momento, salvo que á la imitacion de los valencianos, que en esto ganaron por la mano à los demas pueblos de España, se hizo una ley en que se ordenó trocasen la manera de contar los años que antes usaban por las eras de César, en los años del nacimiento de Cristo, como hoy se guarda; (el mismo autor, cap. 2, lib. 16, y cap. 6, lib. 18); pero no es ecsacto que los valencianos ganasen en esto por la mano á los demas pueblos de España, porque en Navarra no hay memoria de que se contase por eras, sino por el nacimiento de Jesucristo. ||

2047 El cuarto requisito del inventario es que presencien su formacion tres testigos en quienes concurran tres circunstancias: primera que sean varones de buena fama y vecinos del pueblo en que se formaliza (ley 100, tít. 18, Part. 3); segunda, que conozcan al heredero ó al que hace al inventario, como se echa de vèr en la ley 5, tít. 6, Part. 6: "Estonce devese facer tal escrito ante tres testigos que sean omes de buena fama, é à tales que conozcan á los herederos." Y la tercera es que vean lo que se inventaría, y oigan y entiendan lo que se escribe y sienta, y no lo uno sin lo otro; por lo que el ciego no puede ser testigo en el inventario, ni tampoco el sordo total, sea de nacimiento ó por enfermedad. (Téngase presente lo que habemos dicho en el núm. 1469.)

2048 Pero se duda si valdrá el inventario ó instrumento cuando los testigos lo impugnen, y para su resolucion se distinguen cinco casos:

1.º Cuando todos lo impugnan, y entonces no vale ni hace fé.

2.º Cuando uno ó dos lo reprueban y tres ó mas lo confirman, en cuyo caso es válido asi el inventario como el instrumento, escepto que los primeros depongan que el contrato contenido en este no se hizo en el tiempo y lugar que se menciona, porque los contrayentes ó alguno de ellos se hallaban en un pueblo tan distante que era moralmente imposible haberse hallado allí.

3.º Cuando en igual número lo aprueban unos testigos, y lo reprueban otros, en cuyo caso debe prevalecer la deposicion de los pri-

meros, porque en duda se ha de estar por la validacion del acto, y mas crédito se dá á los testigos instrumentales que afirman que á los que niegan.

4.º Cuando el testigo que reprueba el instrumento, fué puesto en él sin que se requiriese por necesidad ó precepto legal, y entonces éste basta para destruir ó enervar su fé, si los demas no deponen de positivo por ella.

5.º Cuando algunos de los testigos instrumentales dicen que no se acuerdan si presenciaron ó no su celebracion, en cuyo caso no se debilita su fé, porque nada afirman contra él.

|| Causa asombro el ver que en esta distincion de casos habla Febrero como si para otorgar los instrumentos hubiesen de concurrir muchos y muchos testigos, pues solo en esta hipótesis pudiera decir que: «si uno ó dos lo reprueban y tres ó mas lo confirman." Sin embargo, fuera de las últimas voluntades bastan dos solos testigos en toda clase de instrumentos, y aun concediendo que sean necesarios tres en los inventarios solemnes, apenas puede tener aplicacioun la doctrina espuesta aquí por Febrero; mas ùtil y racional es la que espone en el juicio ordinario al tratar de la prueba instrumental: de ello se hablará en su lugar oportuno. ||

2049 El quinto requisito es segun las leyes 100, tit. 18, Part. 3, y 5, tit. 6, Part. 6, que quien hace el inventario lo suscriba ó firme, y si no sabe, un escribano por él; pero lo que se practica es que el heredero ó el que hace el inventario firme todos los dias con los interesados presentes el inventario y tasacion de los bienes, deposítense ó no en él, y si no sabe escribir, firma por él y por todos los demas que tampoco saben, un testigo á su ruego, como en otro cualquiera instrumento, autorizando el escribano de la comision el acto, sin que (esten ó no presentes los legatarios ó todos los herederos) intervenga mas escribano, con lo cual queda firme el inventario; y asi no se observa la disposicion de las leyes citadas, por ser esto imposible en lugares donde no hay mas que un escribano ó ninguno, y dicha práctica como inmemorial é inconcusa tiene fuerza de ley. (Véase núm. 1470.)

2050 El sesto requisito es que se empiece y concluya el inventario dentro del término legal. Por lo tocante al heredero, se halla éste obligado á principiarlo dentro de los treinta dias siguientes al en que sepa que está instituido, y concluirlo dentro de tres meses (inclusos los treinta dias) si en el distrito del pueblo del fallecimiento del testador se hallan los bienes de la herencia; pues hallándose algunos en otra jurisdiccion, se le puede conceder un año á mas de los tres meses, (ley 5, tit. 6, Part. 6), cuyo término como señalado por la ley, es perentorio, no le puede prorogar el juez, y corre al enfermo é impedido: si bien algunos afirman, que si hubiere causa grave y justo impedimento, podrá prorogarlo. (Véanse núm. 1466 y siguientes.) En esta córte se suele empezar regularmente dentro del novenario; mas por principiarse fuera de él no se invalida, si se comienza y concluye dentro del término legal, como lo he visto practicar y practicado de ambos modos: y por no ser contra ley, sino antes bien arreglado á ella, no se anuló.

2051 Para que corra el término espresado de hacer el inventario, es preciso que el heredero acepte la herencia, por lo que si pide al juez

nueve meses para deliberar si ha de aceptar ó repudiar la herencia, ó al Rey un año, que es el término que le pueden conceder para este efecto, (ley 2, tit. 6, Part. 6, núm. 1461) no le corre en su intermedio hasta que acepte, á no ser que por dolo difiera su aceptacion, y espire el tiempo de aceptar, en cuyo caso correrá y le perjudicará si dentro de él no lo formaliza.

|| Esto pugna con lo sentado en el número anterior y la ley 2 citada en el mismo, que señala fijamente el dia desde que comienza á correr el término para principiar y concluir el inventario: pugna ademas con la causa y objeto porque se introdujo el inventario, que fué el escusar la peticion de término para deliberar, proporcionando al heredero un medio para aceptar desde luego la herencia sin el menor peligro de perjuicio; pero en el número siguiente viene á templar Febrero algun tanto esta contradiccion. ||

2052 Mas lo que se practica para evitar dilaciones y perjuicios es aceptar el heredero la herencia á beneficio de inventario, con lo cual no se necesita pedir ni gastar tiempo en deliberar si la ha de aceptar ó repudiar, ni queda obligado á mas de lo que alcanza la herencia por deudas ó legados, si hace el inventario en el término y con la pureza que prescribe el derecho.

2053 Sobre cuándo podrá ser estrechado el heredero por los acreedores y legatarios véanse los números 1474 y 1492; advirtiendo ahora que á los acreedores no se paga ni debe pagar hasta que se finalizan el inventario y tasacion, escepto que se conozca que hay para todos y para heredar, porque de lo contrario podrá seguirse perjuicio á los privilegiados, si se paga antes á los que no lo son.

2054 El séptimo y último requisito es que quien ha hecho el inventario jure haberlo formalizado bien y fielmente sin omitir cosa alguna á sabiendas, y que proteste agregar á él otros cualesquiera bienes y efectos que aparezcan pertenecer á la herencia, tan pronto como llegue á su noticia, segun se practica y debe hacer.

Pero este juramento no es esencial en el inventario, pues solo se manda que quien lo haga diga en él que es verdadero, y se ha formalizado con ecsactitud y legalidad (leyes 100, tít. 18, Part. 3; y 5 tit. 6, Part. 6); por manera que el juramento únicamente sirve para escluir la presuncion de que ha ocultado algo, y para que el que alega la ocultacion tenga el gravámen de probarla, como que le incumbe, porque se funda en afirmativa y esta puede probarse. La protesta es para no incurrir en la pena impuesta à los que no hacen el inventario con pureza, de lo que se tratará luego.

SECCION V.

De las cosas que deben inventariarse.

2055 Deben inventariarse todos los bienes del difunto, por manera que en el inventario se deben poner por clases separadas y por menor todos los bienes libres, muebles, raices y semovientes que el difunto haya dejado y le pertenezcan, no solo en el pueblo de su domicilio y fallecimiento, sino tambien en otro cualquiera de dentro y fuera del

reino ó provincia, con distincion y separacion de cada cosa, especie y cantidad, é individuales señas de peso, medida, hechura, color, calidad, secso y edad, linderos y demas correspondientes, segun sean los bienes; pues siendo obscuro por faltar esta especificacion, es nulo, mediante à que no puede servir para el fin á que se dirige, y así no aprovecha al que no lo formaliza con la claridad, pureza y rectitud que debe. Y sin embargo de que algunos inventarían indistintamente por piezas los que se hallan en cada una, no debe observarse este método, por ser confuso para hacer la division y saber á cuánto ascienden los de cada clase; en cuya atencion los de cada una se han de poner juntos, aunque esten en diversos lugares y piezas, como se practica en esta córte.

2056 En igual forma se han de inventariar los instrumentos, libros y papeles concernientes á la herencia, y los censos, efectos, juros, derechos y acciones libres: siendo de advertir que los libros y papeles tocantes á los bienes hereditarios deben quedar depositados en poder de quien hizo el inventario, para que no padezcan estravío, ni los interesados en ellos esperimenten perjuicio.

2057 Tambien se deben inventariar las deudas puras, condicionales ó á dia cierto que el testador tenia á su favor ó contra sí (véanse número 557 y su nota); y asimismo el débito del mismo heredero, pues haciendo el inventario con la pureza legal, tiene derecho á cobrarlo, como lo tienen los demas acreedores respecto de sus créditos.

2058 Pero no está obligado á poner en él los gastos que hizo en el entierro, ni otros que sean justos; y si se dudase de ellos, podrá probarlos por su juramento, testigos ú otro medio legal. (Ley 8, título 6, Part. 6, glos. 1). En las deudas mencionadas en el número anterior se incluye lo que las hermandades á que perteneció el difunto debian darle por socorros, luto, enfermedad y otras cosas segun sus constituciones, y que satisfacieron á sus herederos ó viuda, porque todo es caudal suyo anticipado en vida, y asi es divisible entre todos, y no toca al legatario del quinto ni à otro en particular.

2059 Algunos dicen que de las deudas á favor no se debe hacer inventario, sino es que consten por instrumentos ú otras pruebas legítimas, ni tampoco de las deudas en contra, escepto que sean líquidas, porque siguen la naturaleza de la obligacion y requieren mayor conocimiento, el cual no toca al juicio de particion, que es sumario; pero sin embargo no se sigue esta opinion, y unas y otras se ponen por via de declaracion con su respectiva calidad al fin del inventario, haya ó no instrumento que las acredite: las primeras, porque de omitirlas se da lugar á ocultacion; y no se puede intentar su cobro por ignorarse, ni aprovechan á los partícipes en la herencia; y las segundas, para deducirse de esta (caso que se verifiquen) antes de proceder à la division, y no causar á los acreedores el perjuicio de tener que dirigir su accion por su importe á prorata contra cada heredero despues de hecha.

2060 Ademas de esto, la ley 100, tít. 18, Part. 3, que trae la forma de ordenar el inventario, no solo habla indistintamente, sino que dá á entender que se debe practicar así: "E primeramente otorgó que avia fallado en los bienes de su padre el finado tantas cosas muebles é tantas raices, é tantas debdas quel devian, ó quel devia, nombran-

do todas estas cosas cuántas son é cuáles: é otrosí quién son los debdores, é cuántas son las cartas de las debdas, é por cuál escribano fueron fechas." Pero si alguno de los interesados negare el débito, bastará su negativa para impedir su deduccion, aunque el que lo formalizó lo haya confesado.

2061 Deben igualmente inventariarse las cosas litigiosas, espresándose esta calidad; pero no han de dividirse hasta que se declare si pertenecen ó no á la herencia: y tambien se han de inventariar las agenas que al tiempo de la muerte del testador se encuentran entre las de éste, y las hubiese tenido en depósito, comodato ó prenda, para que no se pierdan ni estravien, ni se haga fraude á sus dueños, á no ser que estos repugnen que se inventaríen; en cuyo caso si piden que les sean entregadas, y los herederos no niegan que sean suyas, basta que justifiquen sumariamente serlo, y si lo confiesan llanamente porque les consta, no hay para que hacer la justificacion; pero si alguno de ellos lo niega, es preciso que en via ordinaria acrediten pertenecerles.

2062 En los propios términos deben inventariarse los frutos de los bienes libres y vinculados del testador, sean naturales, como trigo, vino, aceite y otros semejantes para cuya produccion es necesaria ó no la industria humana, sean civiles, como réditos, pensiones, alquileres, arrendamientos de tierras, viñas y olivares, censos, juros, efectos y oficios; y ora esten pendientes en las mismas fincas, ó se hayan vencido hasta el dia de su muerte.

2063 Tambien se han de inventariar las mejoras hechas en los bienes libres, pues todo aumenta su herencia; y en cuanto á las de los vinculados, respecto á no tocar parte alguna de ellas á la muger, hijos ni herederos del difunto poseedor, segun la ley 46 de Toro, es inútil el que se inventaríen; pero los frutos naturales y civiles que no quedaron pendientes ni vencidos y produjeron los bienes privativos del muerto ó del vivo mientras se evacuó la particion, no se han de inventariar despues, ni partir con este, ni con los herederos de aquel, porque son propios de los dueños de las fincas, censos y efectos que los rindieron (Ayor., part. 1, cap. 6, núm. 10); escepto en los casos en que continúa tácitamente la sociedad conyugal.

2064 Los vestidos de la viuda é hijos del difunto se deben poner asimismo en el inventario, escepto los cotidianos; aunque si su padre ó marido les hubiesen dado para este uso los preciosos, como suelen hacer los magnates y ricos, ó si en el pueblo hubiere costumbre de que entre estas personas se tengan los adornos y vestidos preciosos de la muger é hijos del difunto por cotidianos, no se inventariarán, y antes bien se estimarán como donados por éste en parte de los alimentos à que estaba obligado, y los harán suyos; lo cual se practica en esta córte con los vestidos y joyas que las Grandes compran, con lo que se les dà con titulo de alfileres ó gastos de càmara, pues son suyos privativamente, porque se pacta asi en las capitulaciones, y hay tal costumbre.

2065 El lecho cotidiano se debe inventariar con distincion y especificacion de las cosas de que se compone; pues aunque, sino hay acreedores, no se ha de dividir, porque toca al viudo ó viuda, como

se dirà mas adelante, sirve su descripcion para su restitucion específica en el estado en que se halle, si se vuelve à casar, segun tambien se espondrà; y en caso de haber acreedores, para que no se dude si es el festivo ó cotidiano, ó si lo ha de llevar ó no el viudo ó viuda en perjuicio de ellos. (Ayor., part. 1, cap. 3, núm. 40.) Omitiéndose inventariarlo, no se debe abonar al viudo, porque es visto haberse quedado con él, y carece de accion para que se le abonen dos.

2066 Los bienes legados específicamente se deben inventariar y tasar aunque el legatario lo resista, no dudàndose que son de la herencia, para ver si caben ó no en el tercio ó quinto, caso que los herederos sean descendientes ó ascendientes legítimos (es decir, caso que los herederos lo sean forzosos.)(Ayor., cap. 3, núm. 36 al fin.).

2067 Ultimamente, se han de inventariar los bienes dotales, parafernales y hereditarios de la muger que se hallan entre los de su difunto marido, no para dividirlos entre los herederos de este, sino para entregarlos oportunamente à su viuda; pues se presume que todos los que deja el difunto son suyos, mientras no se pruebe lo contrario; y así deben inventariarse como tales, haciéndose despues en el juicio de division la separacion y repartimiento correspondientes: todo lo cual se observa en esta corte, y ha de observarse como justo y arreglado.

2068 Se ha de añadir al inventario el importe del daño que uno de los herederos causó en alguna de las cosas de la herencia, y el de las que tomó ó sustrajo de esta despues de la muerte del testador, si lo confiesa ó por otro medio legal se acredita sumariamente; y se le ha de adjudicar en vacío, ó entrada por salida, como si efectivamente se le entregáran por el precio que valian antes de deteriorarlas. Cuando el heredero niegue el daño ó la sustraccion, se inventariaràn no obstante como cosa dudosa, y se aplicaràn proporcionalmente à cada uno en la particion para que perciba su parte, caso que aquel sea condenado en juicio plenario.

2069 Pero si el heredero hizo el daño antes de fallecer el testador, no se ha de inventariar ni hacerse mérito de él en el juicio divisorio, sino que los coherederos deben usar de su derecho en el correspondiente, porque ecsije mas prolijo ecsàmen é investigacion; y si el heredero es condenado à su resarcimiento, se repartirà despues su importe entre todos en la forma espuesta, sin que por esto se suspenda la particion de los bienes efectivos. (Ayor., part. 1, cap. 3, número 37.)

2070 Acontece muchas veces que los herederos contienden sobre si se han de inventariar y dividir algunos bienes que se hallan entre los de la herencia: lo que segun la diversidad de casos debe practicarse, es lo siguiente.

2071 Si por confesion de los mismos herederos, por sumaria informacion que el juez reciba de oficio, ó por sentencia consta que son agenos, ó de mayorazgo, ó sujetos à restitucion, no se deben inventariar ni adjudicar en la particion al que afirma que son suyos, pues que éste es del todo estraño en el juicio de division, no siendo como no es heredero, ni teniendo parte en la herencia; y asi han de separarse de esta y entregarse luego à su dueño. (Ayor., part. 1, cap. 3, núm. 36.)

2072 Si los herederos niegan que la cosa es agena y no consta entonces lo contrario por otro medio, se ha de reservar su derecho al pretendiente para otro juicio, porque requiere mas pleno conocimiento é indagacion: por lo tanto se inventariarán y dividirán con la calidad de haber de restituirlos los herederos al que dice ser su dueño, si por tal se le declarase.

2073 Caso de no constar incontinenti si tocan ó no à la herencia, porque unos herederos afirman y otros niegan pertenecerle, se han de distinguir tres casos:

1.° Cuando los bienes se encuentran entre los del difunto y éste los poseia como libres; en cuyo caso no solo se han de inventariar, sino tambien dividir, porque se conceptúan segun están, y por la poderosa razon legal de la posesion en que estaba el difunto, que induce á su favor la presuncion de ser suyos; pero á los que lo contradicen se les reservará su derecho, para que sobre su propiedad lo deduzcan en via ordinaria, por ecsigir mayor inspeccion y conocimiento.(Ayora, dicho núm. 36.)

2.° Cuando no se duda haberlos poseido el difunto, sino solamente si los poseía como libres, vinculados ó sujetos á restitucion, por afirmar algunos de los herederos una cosa y otros otra; en cuyo caso se ha de recurrir à congeturas, y si por algunas se prueba estar vinculados, concurriendo con ellas la fama de haberlos poseido el difunto en este concepto, se han de inventariar, mas no estimar ni dividir, hasta que con prévio y maduro ecsámen se decida la duda.

3.° Cuando de ningun modo aparece breve y sumariamente si los bienes sobre que se controvierte son agenos ó del difunto, y entonces no se deben inventariar ni dividir, por prevalecer la pretension del que niega haber sido del difunto.

SECCION VI.

Cómo ha de proceder el escribano en la formacion del inventario, y del depósito de los bienes.

2074 El escribano no ha de proceder en este inventario por inquisicion ni apremio como en el de la vía ejecutiva y causa criminal, que es propiamente embargo dirigido á asegurar el débito, pena y costas, sino que debe estar à la manifestacion voluntaria del que hace el inventario; pues si se verificase ocultacion, toca á los interesados usar de la accion que les concede el derecho para no ser perjudicados.

2075 Todos los bienes inventariados han de depositarse en quien elijan los interesados, y por cuenta y riesgo de los mismos, ó en quien formaliza el inventario; pues aunque ni la ley 99 que trata del que hace el curador de los bienes de su menor, ni la 100, tít. 18, Partida 3, que espresa el modo de hacer el de los bienes del difunto, ni otra alguna manda que se depositen, se ha introducido esta costumbre para precaver su estravío: bien que si el heredero está ausente y el difunto no ha comisionado á nadie para su custodia, la debe encargar el juez á persona abonada, para impedir su ocultacion, y entregárselos á su dueño cuando venga, ó á quien le represente.

SECCION VII.

De los efectos del inventario.

2076 Ademas de los efectos atribuidos al inventario en el número 1474, hay que tener presentes los que siguen.

2077 Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos én él fueron de aquel por cuya muerte se hizo, aunque esto procede solamente contra el que los puso ó mandó poner; y contra éste prueba de tal suerte, que aun cuando él ó su heredero aleguen ser suyos algunos de los inventariados, no serán oidos, porque se juzga que el que lo formó los donó al sugeto á cuyo favor lo formalizó. Ademas, por el hecho de inventariarlos es visto confesar haber sido de aquel en cuyo nombre los inventarió, y no puede ir contra su propia confesion, pues que ésta, siendo hecha con cierta ciencia, induce donacion. (Véase núm. 558.)

2078 Pero lo espuesto en el número anterior tiene cinco escepciones:

1.ª Cuando el que puso sus cosas propias en el inventario, porque se hallaban entre las del difunto, protestó incontinenti que eran suyas.

2.ª Cuando los bienes que inventarió son inmuebles, pues no es de creer que los hubiese donado; ó cuando se acredita lo contrario por vista ocular, que supera á otras pruebas.

3.ª Cuando implora el beneficio de restitucion por haberlos inventariado inconsiderada é imprudentemente.

4.ª Cuando consta haber errado en la formacion del inventario y hubo causa justa para haber cometido el error, pues debe ser restituido como si fuera menor, porque la presuncion, aunque sea de derecho, admite prueba en contrario.

5.ª Cuando con instrumentos legítimos y vista ocular justifica no ser tantos los bienes cuantos los inventariados, y que por lo mismo se deben separar del inventario.

|| Finalmente, son tantos los casos, limitaciones ó escepciones, que la regla general casi viene á reducirse á cero. (*Nota del Febrero reformado.*) En este y otros lugares dà por supuesto el autor que compete la restitucion á los mayores por la cláusula general *si pareciere haber alguna causa justa*; pero esto que es cierto atendido el derecho romano, no se halla espreso en el nuestro, y en el número 683 y siguientes habemos enumerado los casos en que segun nuestras leyes compete á los mayores aquel beneficio. ||

2079 El inventario jamás prueba contra tercero, y por lo tanto siempre que éste haga constar que son suyos algunos de los bienes contenidos en el inventario, se le deberán entregar, pues como no presenció su formacion ni fué citado para ella, no le debe perjudicar la confesion voluntaria y errónea ó maliciosa que hizo el heredero ó el que lo formalizó; al modo que los libros de cuenta y razon que alguno tiene en su poder, hacen fé contra él, y no contra tercero. (Ley final, tit. 18, Part. 3. Escob. *de ratioc.*, cap. 11. Vela, *dis.* 38, números 5 y 27.)

2080 En órden á si el heredero ó el que formó el inventario podrán contravenir ó reclamar la declaracion del difunto, en la que al tiempo de morir afirmó dejaba tales bienes, ó si esta declaracion induce prueba contra ellos de modo que no se les permita alegar que el testador padeció equivocacion, se ha de distinguir de casos.

Si el heredero reclama en virtud del derecho que le compete por su propia persona, por ejemplo, por haber enagenado alguna cosa suya el difunto, puede impugnar legítimamente dicha declaracion.

Pero si lo hace en virtud del derecho que le compete por la persona del difunto, no puede impugnar la declaracion de éste, aunque algunos afirman que en ambos casos está obligado indistintamente á su observancia, en cuanto lo permita lo que lucre de la herencia: si el testador hizo ó declaró alguna cosa segun y conforme á derecho, tiene el heredero igual obligacion, á menos que pruebe haberlo hecho ó declarado el difunto con error manifiesto; y si fué contra derecho, puede impugnarlo, como podria hacerlo el mismo á quien representa.

2081 El inventario hecho por uno de los herederos aprovecha á los demas que no intervinieron en él, aunque algunos dicen que para esto es necesaria la cesion del que lo formalizó.

2082 Dúdase igualmente si el inventario aprovecha á otros sin cuya intervencion se hizo, como por ejemplo, en el caso siguiente: muerto el marido, pide su viuda se inventarien los bienes que dejó: é inventariados y tasados legalmente, y divididos ó antes de su division, aparecen deudas contra el caudal. Los acreedores pretenden el pago de sus créditos, y los hijos responden que solo están obligados en cuanto lo permite la herencia, porque la aceptaron con beneficio de inventario; y los acreedores replican que no deben gozar los hijos de este beneficio por no haber hecho otro inventario que el que formalizó su madre. Ayora, en la part. 1, cap. 2, núm. 12, trata esta cuestion, afirmando que es suficiente el formalizado por la madre, y que cumplen los hijos con satisfacer hasta la cantidad que percibieron.

|| Como el heredero es obligado por la ley á la formacion del inventario para que no sustraiga ningunos bienes en perjuicio de los acreedores y legatarios, y esta sustraccíon se previene bastantemente con el inventario que hace la muger de todos los bienes hereditarios y comunes, no hay justo motivo para que deje de aprovechar asimismo al heredero, pues no teniendo lugar la razon de la ley, tampoco debe tenerlo su disposicion. Ademas, con el inventario formado por la muger, y la particion hecha con los hijos ó herederos del marido, se satisface mejor á la intencion de la ley que manda al heredero hacer inventario, que con el que aquel haga únicamente de los bienes hereditarios, puesto que en el primero se ponen fuera de los del difunto los que corresponden á la muger, y así se puede mostrar mejor cuántos y cuáles quedaron por muerte del marido. Estas razones trae Ayora en el lugar citado; pero yo creo que puede darse en favor de su opinion otra mas poderosa y que hace inútiles las suyas, á saber, que el inventario hecho por la muger, como que forzosamente ha de hacerse con citacion de los hijos ó herederos, debe entenderse hecho tambien por estos. (*Nota del Febrero reformado.*) ||

SECCION VIII.

De la pena en que incurre el heredero por ocultar bienes de la herencia y cómo ha de procederse en el juicio de ocultacion.

2083 Dúdase si por omitir con malicia el heredero poner algunos bienes en el inventario, perderá el beneficio que la ley le concede, quedando obligado á satisfacer enteramente á los acreedores sus créditos y á los legatarios sus legados, y si se viciará por esto solo el inventario.

La opinion mas corriente y fundada en el caso propuesto es que el heredero no se halla obligado á dicha satisfaccion, por no haber ley que le condene á ello; que segun derecho solamente incurre por su dolo en la pena del duplo de lo ocultado (ley 9, tit. 6, Part. 6), y que el inventario tampoco es nulo, porque cuando la ley en vez de anular impone pena ó castigo, vale el acto. (Véase núm. 1473.)

2084 En esta suposicion debe decirse, que para que el heredero estraño que omitió maliciosamente inventariar algunos bienes, incurra en dicha pena del duplo, han de concurrir precisamente tres cosas:

1.ª Que el que alega la ocultacion, especifique con individualidad los ocultados y no inventariados.

2.ª Que pruebe ademas que fueron ocultados con ciencia cierta, dolo y malicia por el que hizo el inventario, pues el que alega dolo y culpa debe probarlos, como lo debe hacer todo el que funda su intencion en alguna cualidad.

3.ª Que igualmente pruebe que los bienes ocultados se hallaban en poder del difunto al tiempo de su muerte, pues no basta que lo estuviesen poco antes, porque el que hace el inventario tiene á su favor la presuncion de que no habia mas entonces.

2085 La prueba de la ocultacion puede hacerse no solo por testigos de vista, sino tambien por presunciones y congeturas, y por testigos de oidas, si en ellos y en sus dichos concurren las circunstancias que se requieren en semejantes casos; porque la ocultacion se hace con gran cautela y secreto, y es muy dificil probar el dolo directa y paladinamente.

2086 El que alega la ocultacion ha de probar que se hizo con dolo verdadero, pues no basta el presunto; y no probándolo, se presume error.

2087 Llámase *dolo verdadero el que se prueba con evidentes y manifiestos indicios ó presunciones*, como en los delitos de hurto, homicidio, adulterio y otros actos, en los cuales es indispensable que quien los hizo ó cometió lo quisiese asi con toda premeditacion y deliberacion, y no pudiese ser de otra suerte.

2088 *Dolo presunto es aquel en que hay culpa lata ó grande negligencia, y se prueba con indicios probables*, como si el que tiene en su poder alguna cosa depositada la deja de noche en el camino, ó de dia en lugar por donde transitan muchos, ó si no paga pudiendo hacerlo, y lo mismo si no restituye lo que sabe estar debiendo ó que no es suyo: en cuyos casos y otros semejantes, aunque se puede y debe creer que el delincuente lo hizo con ánimo determinado, sin embargo,

como no repugna y cabe el que hubiese habido ignorancia, olvido ú otro motivo, hay únicamente dolo presunto contra él, porque los indicios y presunciones no son manifiestos, á pesar de que no aparece motivo ninguno justo del hecho; y así le escluye cualquiera causa, aunque sea leve.

2089 Se ecsimirá de la pena de ocultacion el heredero, si protestó agregar al inventario todos los bienes de que despues tuviese noticia haber pertenecido al difunto al tiempo de su muerte, pues que esta protesta escluye el dolo presunto por su omision, mediante á que es propio de la protesta conservar el derecho del que la hace; y por lo tanto, si el que omitió poner algo en el inventario lo añade luego que lo sabe, queda relevado de la pena, mayormente habiendo hecho tambien juramento de no tener noticia de otros bienes, créditos ni efectos.

2090 Pero esto no obstante, si con presunciones ó indicios graves y vehementes se probase que la omision fué maliciosa, no le aprovechará la protesta para ecsimirse de la pena, con especialidad si habiéndosele notificado que ponga en el inventario tales bienes determinados que se le señalen, no quiere, y despues se averigua que al tiempo de la muerte del testador se hallaban en su herencia, pues aunque sea menor, una vez que se le interpeló y no obedeció, incurrió en la pena, por haber cometido verdaderamente dolo, y porque con el convicto de esto no debe usarse de indulgencia.

2091 En el juicio de ocultacion se ha de proceder ordinariamente, aunque por procederse de otro modo no se anula el proceso; mas por este juicio no debe suspenderse la particion de los bienes inventariados. Y si el interesado que sabe la ocultacion no quiere deducirla en juicio, bien sea por evitar escándalo ó por otros motivos, puede pedir al juez que se inventaríen y dividan tales y cuales bienes que no fueron inventariados, y el juez debe compeler á ello al que los ocultó: aunque lo mas seguro es que pida se añadan al inventario por haberse ocultado, pues de este modo será oido en cualquiera tiempo, y no tendrá lugar ninguna prescripcion por la mala fé del encubridor.

2092 Antes de hacerse la particion, debe intentarse el juicio de ocultacion ante el que conoce y entiende en el de testamentaría, que como principal atrae á sí todos los incidentes relativos y necesarios para su perfecta evacuacion; de tal suerte, que si se intentare ante otro, le debe este remitir los autos como accesorios al negocio principal; pero hecha y aprobada la particion, se puede intentar ante él ó ante otro del fuero del encubridor, por haberse concluido enteramente el de la testamentaría.

2093 La accion de ocultacion respecto á la pena no pasa contra los herederos del encubridor, porque no cometieron el delito; pero sí en cuanto á la reivindicacion de lo ocultado (leyes 58 y 111, Dig. *de Regulis juris*. 7, §. fin. tit. 3, lib. 16; 12 y 49, tit. 7, lib. 44 del Dig. y la 157, §. últ. *de Regulis juris.*); escepto que se haya contestado el pleito con el encubridor, en cuyo caso pasa tambien contra sus herederos en cuanto á la pena. (Ley 10, tít. 14, Part. 7.)

|| Qué acciones pasen ó no á los herederos y contra los herederos es materia de la que hablaremos latamente en su debido lugar; ahora

diremos de paso que el delito produce una accion pura y rigorosamente *civil ó rei persecutoria*, y esta se dá á los herederos y contra los herederos sin necesidad de la contestacion del pleito. (Leyes 2, tít. 13; y 20, tít. 14, Part. 7.)

Produce ademas el delito otra accion *penal*, y esta se subdivide en civil ó pecuniaria como la del duplo ó cuádruplo en el hurto, la del triplo en el robo (hoy desusadas) y otras varias; de estas, la regla general es que no se dàn á los herederos ni contra los herederos, à no haber mediado antes contestacion del pleito, (las mismas leyes 2 y 20): la penal, rigorosamente criminal, tiene por objeto el escarmiento y pena en la persona del delincuente, y se acaba siempre por muerte de éste. (Leyes 28, tít. 23, Part. 3; y 23, tít. 1, Part. 7.) En verdad que para apoyar Febrero su doctrina en esta materia no necesitaba citar las leyes romanas, pues todas las relativas à este punto han sido trasladadas á nuestra Part. 7. ||

2094 No incurre en la pena de encubridor el heredero del difunto cuando hizo el inventario algun criado suyo, y sin su noticia ni consentimiento omitió incluir en él algunos bienes; pues como que no cometió delito en la omision, no se le debe castigar, aunque el criado estuviese en su misma casá.

2095 Tampoco incurre el heredero en pena cuando no hace por sí mismo el inventario, como regularmente sucede á los grandes y otros señores, cuyos criados mayores ó apoderados lo formalizan sin su intervencion; porque en estos casos no se presume haber cometido dolo en la omision de lo inventariado. || Este caso parece ser idéntico al del número anterior. ||

2096 La pena de encubridor en que incurre el heredero no se estiende al poseedor que como tal y no como heredero formaliza el inventario, porque la ley 9, tit. 6, Part. 6, que la impone, solo habla del primero, y por ser penal no debe ampliarse á la persona que no menciona.

2097 Si despues de aceptada la herencia, sustrae algunas cosas de ella cualquiera de los herederos, no es visto haberlas tomado con ánimo de hurtarlas y defraudar á los coherederos, sino en cuenta de su parte, porque tiene derecho á ellas pro indiviso, y se contempla cuasi dueño; bien que los coherederos pueden indemnizarse y recuperar las cosas sustraidas ó su importe, pretendiendo que las devuelva á la herencia para su repartimiento ó que se le imputen en su haber, y no cabiendo en éste, que restituya el esceso. Lo propio milita en la muger y en el sócio, porque son dueños del todo en los mismos términos. (Leyes 6 y 17, tit. 10, Part. 5; y 4, tit. 14, Part. 7.)

2098 Estando la herencia yacente ó sin aceptar á causa de hallarse ausentes los herederos, ó ignorar que lo son, ó por otro motivo, si alguno sustrájere ú ocultare bienes de ella, aunque no se le podrá reconvenir como robador, porque en aquella sazon no tenian dueño, debe el juez condenarle á que restituya lo que tomó con los frutos percibidos, é imponerle la pena de destierro si es noble, y no siéndolo la de trabajar en las labores del rey. (Ley 21, tit. 14, Partida 7.) || Esta disposicion, tomada del derecho romano, nos ha parecido siempre ociosa y pueril, como fundada únicamente en la sutileza de

que no teniendo dueño las cosas de la herencia yacente, no puede cometerse hurto en ellas, porque para haber hurto no basta quitar cosa agena, sino que se ha de hacer sin placer ó contra la voluntad de su señor. (Ley 1, tit. 14, Part. 7.) Nos ha parecido tanto mas estraña esta disposicion, cuanto que segun el mismo derecho romano la herencia yacente representaba al difunto, y por esta misma ficcion se le daba siempre un dueño. Como quiera, la sola diferencia que resultaba de esta injustificable sutileza, consistia en que no se incurria en la pena pecuniaria del duplo ó cuadruplo; pero, habiendo caido esta en completo desuso, se juzgará en este caso como en los de todos los demas hurtos, porque realmente lo es. ||

TITULO XXIX.



De la tasacion de los bienes inventariados.

SECCION I.

Si es ó no necesaria la tasacion.

2099 Aunque en opinion de algunos autores, para que el inventario se tenga por bien hecho no es necesario que los bienes inventariados se estimen, numeren, pesen, midan ni describan con todas sus circunstancias, siempre que consten en él, no obstante, es nulo cuando en el mismo no se espresan clara y distintamente el peso, medida, número y aprecio; y asi no solo se han de inventariar en los términos espuestos, sino tambien apreciar, sin embargo de cualquiera costumbre ó por mejor decir corruptela que haya, pues de lo contrario se daria lugar á que el heredero ó el que hiciese el inventario, poniendo en confuso los bienes, defraudase á los coherederos, y á los menores, ausentes, acreedores y legatarios, suplantando otros de menos valor: todo lo cual debe aplicarse á la descripcion. Ademas, sin la valuacion no puede procederse á la particion, porque ni los fundos y edificios son iguales, ni los muebles y semovientes de un mismo valor, especie y calidad, para que indistintamente se pueda aplicar uno á cada partícipe.

2100 Lo espuesto en el número anterior no tiene lugar cuando el mismo difunto valuó sus bienes antes de fallecer; en tal caso no se debe reiterar despues su aprecio, porque se presume haberlo hecho justificadamente, escepto que se pruebe que padeció error, ó que por alguna causa no se condujo en su tasacion con la rectitud que debia, en cuyo caso se deberán tasar nuevamente.

SECCION II.

Por quiénes debe hacerse la tasacion; quién los elige; su juramento, circunstancias y recusacion.

2101 La valuacion ó aprecio de los bienes inventariados se debe hacer por peritos diputados públicamente á este fin, y no habiéndolos, por los que nombren los interesados, ó por uno, si en ello se conforman los mismos, por ser práctico á inteligente en las clases de bienes de la herencia, como en esta corte se hace muchas veces; pues no siendo asi, se ha de nombrar para cada clase el suyo, por ejemplo:

para las heredades agrimensores; para las casas y edificios alarifes, &c.: y pueden nombrarlos los interesados por pedimento ante el juez ó solamente ante el escribano que entiende en el inventario, porque no hay ley que diga lo contrario; y asi suele practicarse en esta corte.

2102 Estos peritos han de ser de buena vida y fama y mayores de toda escepcion, y deben jurar que haràn bien y lealmente la tasacion segun su inteligencia, sin causar agravio á los interesados.

2103 Pero si fueron nombrados por el rey ó por el ayuntamiento, y juraron al ingreso de su oficio como se acostumbra, no tienen necesidad ni obligacion de volver à jurar en cada tasacion que hagan, ni de espresar su edad; ni la tienen tampoco cuando los interesados los eligen de conformidad y relevan del juramento, ó cuando son elegidos para un negocio estrajudicial como amigos. Los peritos hacen veces de testigos y de jueces; de testigos porque deponen como estos, y de jueces en cuanto juzgan y estan autorizados por el juez para dar su dictámen fundado.

2104 El juramento ó declaracion jurada de estos peritos es propiamente de *creencia*, porque recae sobre la inteligencia y concepto, que segun las reglas de su arte ú oficio, las circunstancias del tiempo, su práctica y esperiencia, forman del valor de lo que tasan; y no es de *decir verdad* como el de los simples testigos que deponen de vista ú oidas lo que percibieron por los sentidos, pues no pueden saberlo de cierto, á causa de depender de la estimacion comun de los hombres, y de no tener las cosas valor intrínseco puesto por la ley, como lo tiene la moneda.

2105 Si los peritos fueron nombrados públicamente, pueden ser compelidos á admitir su encargo y hacer la valuacion, porque su oficio es público, á no ser que para su admision tengan impedimento ó escusa legítima: y si los eligen los interesados, aunque regularmente no pueda obligárseles á aceptarlo contra su voluntad, porque es oficio voluntario, se les podrà compeler aun en este caso, si no hay otros igualmente idóneos y rectos, porque de lo contrario se daria ocasion á diferir la particion por falta de aprecio de los bienes, ó á que la tasacion fuese injusta por la impericia de otros, con notable detrimento de los interesados, mayormente cuando no habemos nacido para nosotros solos sino tambien para ser útiles á la patria y á nuestros conciudadanos. Pero una vez que lo acepten se les puede apremiar à evacuarlo, porque con su aceptacion se obligaron á ello. (García *de Expens.*, cap. 24, número 26.)

2106 Pueden ser recusados estos peritos con solo el juramento de tenerlos por sospechosos y de no proceder de malicia ni con ànimo de injuriarlos; siendo nombrados por el juez ordinario, pues si este lo puede ser, con mayor razon los que él elija. Pero si los nombra por contumacia de los interesados, es menester que haya causa para recusarlos, y que la proponga y pruebe el recusante, porque el nombramiento del juez se considera hecho en nombre de aquellos, y de consiguiente por ellos mismos.

2107 Si los mismos interesados eligen los peritos, no los podràn recusar, porque con el hecho de elegirlos y presentarlos en juicio es visto aprobar sus personas, como sucede en los testigos, escepto que sea por

causa originada ó sabida despues del nombramiento, y probada, pues no se les admitirá la recusacion con solo el juramento espresado; y cuando cada uno nombra el suyo, no puede recusarle el otro, porque se guarda igualdad entre ambos, y como cada perito defiende contra el otro el derecho de quien le nombró, queda subsanado el defecto que se le podria objetar, y el recurso al tercero en discordia; á no ser que el tal nombrado, si fuese presentado como testigo, pudiera ser repelido de testificar, en cuyo caso lo podrá ser, y deberá nombrarse otro. (Hermosilla, ley 56, tit. 5, Part. 5, glos. 6, números 45 y siguientes hasta el 54.)

2108 Siendo públicos los peritos, es preciso que el recusánte esprese y pruebe las causas antes de empezar aquellos á ejercer su cargo, ó luego que tenga noticia de ellas, pues como los tales peritos públicos se conceptúan personas de pureza, integridad y habilidad conocida, y en quienes el público ha depositado su fé y confianza, no se presume su soborno sin que se acredite en forma.

SECCION III.

Cómo ha de hacerse la tasacion.

2109 Para hacer la tasacion se ha de citar á los interesados asi como para el inventario, por si quieren asistir al juramento y reconocimiento que hagan los peritos, aunque no á oirlos declarar; y no presenciándolo ó no citándolos, es nula; á menos que den comision á los peritos para hacerla sin su presencia ni citacion, ó que los hayan elegido de conformidad, pues entonces, como se cree haberlos instruido del negocio, no es necesaria su citacion ni presencia: bien que si la tasacion se hace al mismo tiempo que el inventario, basta una citacion, porque es visto hacerse para asistir à todo; y en la citacion se ha de poner fecha, y señalar á los interesados el dia y hora en que se ha de hacer la valuacion, segun se practica.

2110 Deben ver y registrar los peritos cada cosa de las que valúan, porque de lo contrario es nula la tasacion, y apreciarla separadamente y no muchas por un precio; como asimismo hacer la tasa respectiva de todas por lo que justamente valen, de suerte que en venta se pueda sacar por ellas el precio que se les dé (y no como cuando se han de subastar, pues por la baja que suele hacerse se tasan en mas para que con ella se vendan por lo justo), procediendo en su aprecio con gran circunspeccion, arreglo y moderacion, para que ningun interesado en la testamentaría esperimente perjuicio, y no por informes de otros. El precio justo se ha de regular no por la aficion singular ó particular á lo que se tasa, sino por la estimacion general y comun de los hombres, atendidos el tiempo en que se hace la tasacion, la costumbre del pueblo, el sitio y producto anual, la calidad, cargas y condicion de las mismas cosas y su fecundidad ó esterilidad; ni tampoco ha de hacerse con nimio rigor, y mucho menos en el juicio divisorio, porque como reina la envidia, principalmente entre hermanos, conviene que se haga con equidad y caridad fraternal; pues aunque se diga que tanto vale la cosa cuanto se saque en su venta, esto se entiende cesante todo fraude.

2111 Tampoco se deben valuar, sean raices ó muebles, por el precio en que se compraron, sino por la estimacion presente, aunque se hubiesen comprado en pública subasta, ya porque así en la venta pública como en la privada puede el comprador engañar ó ser engañado, ya porque el precio de las cosas varía cada dia segun los tiempos y circunstancias, mayormente el de las que se deterioran ó consumen con el uso, y ya porque muchos postores se acaloran en las posturas, ó por aficion á la cosa, ó por alguna utilidad peculiar que se les sigue de su compra y que á ningun otro se seguiria, como cuando tienen otra contígua á ella, ó tambien porque otro no la lleve, como frecuentemente sucede.

2112 Se ha de inventariar y apreciar por lo que justamente vale la alhaja que el testador legó á alguno, sea hijo suyo ó estraño, aunque dijese que valia menos y hubiese mandado que se le diera por este inferior precio, pues su voluntad no fué legarle todo lo que valia, sino el precio en que la valuó y quiso consignar en ella, y así, aunque tiene derecho á que se le entregue como legado específico, y la llevará dando el esceso, que se agregará al caudal comun y partirà entre los herederos, sin embargo, no queriendo el legatario dar el esceso, cumplirán estos con entregarle el valor en que el testador la estimó. (Ayora, cap. 3, núm. 38.)

|| En el presente caso, dice el reformador de Febrero, ó en otro semejante se han de ecsaminar atentamente las palabras con que se dejó la manda, la cosa legada, las circunstancias de las personas y otras, pues podria suceder segun la voluntad del testador y sin perjuicio de las legítimas de los herederos forzosos, no tuviese el legatario que dar parte ninguna del precio de lo legado.)

2113 Tocante á los juros, puesto que teniendo cabimiento se hacen diferentes deducciones de los intereses primordiales de su constitucion, á cuyo respecto bajan tambien sus capitales; que para estas deducciones hay reglas fijas dadas por S. M., ya esten sobre cientos, ó sean de renta antigua ó moderna, ya sea para redimir ó para inventariar y adjudicar; y que el partidor no debe alterar el inventario por carecer de facultad para ello, conviene que para no causar perjuicios á los partícipes en la herencia, se saque certificacion de lo líquido de sus capitales y réditos, y que con arreglo á ella se inventaríen y dividan, pues por su omision puede haber agravios, y no se podrán cobrar los réditos.

2114 Para ver si queda á los herederos forzosos su legítima, se ha de atender al valor que tenian los bienes al tiempo que murió el testador, porque aunque despues tengan incremento ó decremento, no aumentan ni disminuyen la legítima. (Leyes 1 y 3, tit. 11, Part. 6; Gomez en la ley 70 de Toro, núm. 8.)

Mas para el único efecto de partir los bienes entre los herederos, se ha de mirar siempre al valor justo, intrínseco y efectivo que tienen al hacerse la division, y segun éste deben valuarse en toda testamentaría, á diferencia de lo que se practica en las subastas y almonedas, como se ha dicho en el núm. 2110; ya porque como desde la muerte hasta la particion pueden aumentarse ó disminuirse, debe pertenecer proporcionalmente à los herederos como á dueños el incremento ó decremento

de ellos, y ya porque, sí habiendo pasado muchos años se adjudican por el precio dado al tiempo de la muerte, pueden ser perjudicados algunos herederos y beneficiados otros, puesto que unos bienes se habrán mejorado y otros empeorado, lo cual no sucede en el caso de la legítima, porque esta se deduce del monton ó cúmulo de bienes.

|| Como el testador está obligado por las leyes á dejar la legítima á los herederos forzosos, es preciso atenerse á lo que valgan los bienes al tiempo de la muerte para que se sepa si ha cumplido con su deber. || (*Nota del reformador de Febrero.*)

SECCION IV.

Qué ha de hacerse cuando discuerdan los tasadores.

2115 Discordando los tasadores ó peritos en las tasaciones, han de elegir los interesados un tercero, y no conformándose en quien ha de ser, le nombrará el juez por su contumacia, y valdrá el parecer de la mayor parte de los nombrados. El tercero electo, nómbrenle los interesados de conformidad ó el juez por su discordia y contumacia, no puede recusarse sin justificar alguna causa posterior al nombramiento, ó si era anterior, ignorada por el recusante, porque se crée maliciosa la recusacion. Despues de la segunda declaracion uniforme de los peritos no se ha de nombrar otro, porque será proceder en infinito (Hermosill. ley 56, tit. 5, Part. 5; glos. 6, núm. 60, Faria ad Covar., lib. 3; Var. cap. 13, núms. 31 etc. y 37.)

2116 Si los tres peritos están discordes puede el juez seguir el voto que le parezca mas verosímil y arreglado, ó elegir un medio proporcional juntando las valuaciones de los tres, y deduciendo de su total el tercio, que será el precio justo de la cosa: esta opinion es la mas equitativa de las siete que hay acerca de lo que se debe practicar, discordando los peritos, como afirma Hermosilla en el lugar citado en el número anterior. (núms. 158 etc. y 166.) Sirva de ejemplo: si uno tasa la cosa en cinco, otro en diez y otro en quince, el tercio de estas tres partidas, que componen treinta, es de diez y será el justo valor de ella. Si los interesados, creyendo que es corta ó escesiva la tasacion, rehusan tomar la cosa por ella, pueden echar suertes para darla al que toque, ó venderla y repartir su precio, con lo que se evitarán pleitos y discordias. (Ayor. Part. 1, cáp. 4, núms. 7 y 8).

2117 Regularmente hablando, no está obligado el tercero á conformarse contra su propio juicio con el parecer de alguno de los peritos, asi como el tercero nombrado por discordia de los árbitros tampoco se halla obligado á seguir el parecer de ellos, y será válido el suyo, si es mas arreglado.

2118 Pero si los interesados nombraren unánimemente los peritos y tercero, deberá este conformarse con el parecer de uno de los dos que estime mas justo, sin hacer valuacion por sí, porque una vez que los interesados los nombraron á todos desde el principio y no acordaron en uno solo, es visto haber querido que el tercero no hiciese oficio de tasador, sino que espresase cual de los pareceres de los otros

era mas arreglado, y se conviniese con él para que hubiese dos conformes.

2119 Si el tercero fué nombrado por el juez, podrá disentir de ambos á dos tasadores; y para quitar toda duda se espresará al nombrarle los interesados que es para dicho efecto de conformarse con la tasacion de uno de los dos, y no otro.

|| Tambien podría decirse que cuando por discordia de los peritos nombra tercero el juez, es visto hacerlo para que diga cuál parecer tiene por mas razonable y se conforme con él, pues no es fácil dar una razon sólida de diferencia entre este caso y el anterior. A mí me parece mas conveniente que el tercero esprese siempre su propio juicio, y que el juez decida lo que conceptúe mas arreglado, á no ser que los interesados declaren que nombran el tercero para que se apegue á uno de los peritos discordantes. || (*Febrero reformado.*)

2120 Y aunque los interesados prometan y juren pasar por el dictámen de cierta persona, no están obligados á conformarse con él si es injusto, y antes bien se ha de reducir y arreglar á lo justo, segun debe decirse tambien de la promesa de obedecer el precepto de alguno. (Leyes 24, tít. 4; y 27, tít. 11, Part. 7. Escobar de *Ratiocin.*, cap. 32, núms. 26 y 27.)

2121 Si hay muchos peritos y todos discuerdan entre sí, para saber á quien se ha de dar crédito se distinguen siete casos:

1.º Cuando son desiguales en número, se ha de creer al mayor.

2.º Cuando los peritos é imperitos discuerden, debe seguirse el parecer de los primeros, aunque sea mayor el número de los segundos; (¿pero quien ha de ser el juez de la pericia ó impericia? ¿Y no se razona aqui en la suposicion de que todos son y han sido nombrados como peritos?)

3.º Cuando los peritos igualmente hábiles discuerdan en igual número, se ha de estar al de los que deponen lo mas verosímil.

4.º Cuando entre los peritos es absoluta la igualdad, asi respecto del número de los discrepantes como de la pericia y verosimilitud, debe creerse á los que deponen á favor del reo.

5.º Cuando muchos peritos contradicen al mas perito, se seguirá á aquellos, y no á este.

6.º Cuando los simplemente peritos discuerdan en igual número de los mas peritos, se ha de dar crédito à estos y no á aquellos, habiendo de probarse la pericia, v. gr., por estar uno de ellos doctorado y otro no, ó por hallarse mas versado en el ejercicio á que se refiere la controversia.

7.º Cuando el uno es anciano y el otro jóven, se presume ser mas perito el primero que el segundo, asi como se presume serlo mas el práctico que el teórico. (De este particular tratan con mas estension Hermosilla ley 56, tít. 5, Part. 5, glos. 6, núms. 34 al 38, y 44 y 45; y Escobar de *Ratiocin.*, cap. 32.)

2122 Los peritos y el tercero, sean nombrados por los interesados ó por el juez, no pueden delegar su oficio en otro; ya porque ninguna ley les concede esta facultad, ya porque deben jurar que harán la tasacion bien y fielmente, en cuya atencion por sí y no por otro han de cumplir lo que juran, y ya porque su oficio es personalísimo á cau-

sa de haber confiado los interesados en su habilidad, conciencia y bondad. (Ayor., part. 1, cap. 3, núm. 6.)

SECCION V.

De los recursos y medios contra la tasacion injusta, ó cuando los herederos no están contentos con ella.

2123 Procediendo injustamente los peritos en la tasacion por impericia, malicia ó soborno de alguno de los interesados, competen al agraviado tres remedios para su desagravio.

1.° Pedir por via de queja de reduccion á arbitrio de buen varon contra la tasacion ante el juez ordinario que conoce del negocio, caso que no la hubiese aprobado ó confirmado.

2.° En el caso que el juez haya aprobado la tasacion, apelar de su providencia dentro de los cinco dias de la ley para ante el competente superior.

3.° Pujar los bienes.

2124 Para que el juez defina á la reduccion á albedrío de buen varon, no basta que un solo heredero afirme que la tasacion es injusta si otro la otra contradice; pues en igual número, se ha de estar por el que la defiende, y regularmente se crée à los tasadores, porque como peritos é imparciales tienen á su favor la presuncion (mientras no se acredite plena y claramente lo contrario) de haber evacuado fielmente su oficio, con especialidad habiendo precedido como debe preceder, su juramento de practicarlo así: por lo que si el que impugna la tasacion consiente en que se le apliquen los bienes por el mayor precio que, segun dice, tienen, debe ser oido, y en otros términos no, á causa de presumirse maliciosa su asercion.

2125 Siendo pobre el heredero que impugna la tasacion, si ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes, y no se convienen en que se apliquen por el precio de la tasa, tiene accion aquel para valerse de un estraño que le dé incontinenti, lo cual no pueden contradecir los coherederos porque es beneficio comun de todos; pero si uno de ellos los quiere por el tanto, es preferido como partícipe y comunero; si bien no se le admitirá aunque ofrezca mas precio por los bienes de la herencia, sino es que lo consienta al menos uno de los interesados en ella, el cual basta para compeler á los demas á que los pujen ó le admitan.

2126 Vendiéndose por algun motivo ciertos bienes de los inventariados á luego de su tasacion, y dando por ellos al contado uno de los herederos precio menor que el de su tasa, ó queriendo tomarlos por él en cuenta de su haber, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado à plazo cierto, escepto que todos los demas interesados quieran darlos al fiado por su cuenta y riesgo al coheredero en los términos que propone, ó que afiance á su satisfaccion, pues entonces esto se observará.

2127 Cuando una heredad ó cortijo que tiene muchas fanegas de sembradura y algunas de mejor calidad que otras, se tasó, no por un tanto alzado, sino á cierto precio cada fanega una con otra, y uno de

los herederos puja alguna señalando el paraje de su situacion, no se debe admitir esta puja ó mejora, sino que debe pujarlas todas ó ninguna; porque en las cosas conexsas é inseparables ninguno puede aprobar una parte y reprobar otra, y antes bien debe aprobarlas ó reprobarlas en el todo.

‖ La principal razon es porque en semejante puja quien la hace, aunque atendida la tasa hecha de toda la heredad, aumenta el precio de unas fanegas, disminuye el de las otras, esto es, el de las de inferior calidad; por manera que no hace beneficio, ó perjudica á los coherederos, y acaso no da el justo precio por las fanegas que señala, pues unas valen mas y otras menos de lo que corresponde á cada una con arreglo á dicha tasa. ‖ (*Nota del Febrero reformado.*)

2128 Pero esto se entiende cuando la heredad no tiene cómoda division, ó hay otra causa justa para no dividirla; pues no habiendo estos motivos, pueden los herederos y cualquiera de ellos reclamar la tasacion, pretendiendo que se aprecien nuevamente con separacion las fanegas de tierra segun su calidad y bondad: lo primero, porque no se puede hacer igual la division á causa de ignorarse á cuál de ellos se adjudicará, y si le cabrá toda la heredad ó tendrà cuenta á todos llevarla entera ó solamente su parte en ella: lo segundo, porque aunque la valuacion sea cierta respecto al todo de la heredad, es incierta, obscura y confusa respecto de cada una de las fanegas que comprende; y lo tercero, porque los tasadores deben hacerla clara y distintamente en el todo y partes de lo que valúan cuando se puede dividir cómodamente.

SECCION VI.

Cuándo ha de hacerse la puja ó mejora.

2129 La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia se ha de hacer despues de la tasa y antes que se proceda á su division, pues entonces á ninguno se causa perjuicio, y antes bien ganan todos en que se aumente su valor; pero despues de hechas las adjudicaciones no se debe admitir porque se perjudica al coheredero á quien se aplicaron, y es visto que el pujador lo hace por ódio ó enemistad.

2130 Lo dicho en el número anterior tiene tambien lugar cuando antes de la division se comunicó á todos la tasacion, y nada dijeron contra ella, ni hicieron mejora en bienes algunos: no deberà pues admitirse puja ó mejora en este caso por haber espirado el tiempo en que debieron proponerla, y por haber aprobado la tasacion con su silencio. (Ayor., part. 1, cap. 3, núms. 30 y 31.)

2131 Estando cerciorados los herederos del aprecio de los bienes, y hecha á cada uno su adjudicacion, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion con pretesto de haber sido leso en alguna cosa por estar subido su precio; y asi no tendrà lugar el beneficio de la restitucion por la menor edad: las razones en que esto se funda son las tres siguientes:

1.ª Porque el menor hizo lo que haria el mas diligente é instrui-

do, que fué consentir en el precio como consintieron en él los coherederos:

2.ª Por la incertidumbre, pues se ignoraba á quien tocaria la cosa, y por aquella y por la casualidad se admiten ó permiten muchas cosas que sin ellas no se permitirian. (Ayor., núm. 31 arriba citado; Gom., lib. 2; Var., cap. 14, núm. 4.)

3.ª Porque quien por convencion ó pacto puede tener daño ó utilidad, no se debe llamar leso aun cuando resulte perjudicado, por ser esto casual y compensarse con el lucro que podia haber percibido (Hermosill., ley 56, tit 5, Part. 5.)

2132 Por estas mismas razones, cuando de algun negocio puede resultar ganancia ó pérdida, no se debe pedir, ni aunque se pida debe admitirse nulidad, restitucion, rescision ni otro remedio por la lesion que haya habido, (Olea de *Cess. jur.* tit. 6, q. 10), aunque fuese por suerte, porque en esta á nadie se perjudica haciéndose sin fraude.

2133 Estando una cosa apreciada evidentemente en mucho mas de su justo valor, si no hubiese otras tan subidas, y los partidores la adjudicaren toda á uno de los herederos sin sortearla, puede aquel á quien se aplicó, sea mayor ó menor de edad, reclamar la adjudicacacion, y pedir reduccion à arbitrio de buen varon ante el juez ordinario para que le desagravie, repartiendo el importe del esceso entre los coheredores, ó haciendo que cada uno de estos le supla la parte que le toca; pues si cuando los árbitros perjudican gravemente con su sentencia se conceptúa que proceden con dolo, y los que los eligieron no están obligados à pasar por ella, con mayor motivo ha de tener esto lugar en unos meros apreciadores ó peritos sin ninguna jurisdiccion.

|| Parece haber alguna contradiccion entre la doctrina de este número y la de los anteriores en que se niegua toda reclamacion despues de hecha la adjudicacion, y aun despues de haberse comunicado á los coherederos la tasacion y no haber sido impugnada. ||

SECCION VII.

A quiénes perjudica ó no la tasacion.

2134 Aunque los aprecios de los tasadores nombrados por los herederos no perjudican regularmente á los acreedores ni legatarios del difunto, no es esto tan corriente que no padezca alguna escepcion, ni deba distinguirse.

2135 Si los herederos hicieron entre sí la particion con la viuda del testador voluntariamente y sin autoridad judicial, es indudable que la particion y valuaciones no perjudican á los acreedores ni á otro tercero que tengan contra sus bienes accion real ó personal.

Si interviene autoridad judicial á pedimento de alguno de los herederos, y los acreedores son reales ó hipotecarios, tampoco les perjudican los aprecios ni division, y antes bien á su instancia se pueden volver á tasar judicialmente, y el aprecio y particion que se hicieren con dicha solemnidad, perjudicarán á los herederos.

Pero si los acreedores no tienen accion real contra la heren-

cia sino meramente personal, les perjudica lo practicado por los herederos, no habiendo intervenido colusion para defraudarlos.

2136 Asi como la tasacion hecha por los peritos que nombraron los herederos no perjudica á los acreedores, asi tampoco á los terceros poseedores en la duda de si es ó no justa; pero perjudicará acreditándose que lo es: sirva de ejemplo el siguiente:

Muerto el testador, se aprecian sus bienes á instancia de sus herederos por peritos que elijen juntamente con la viuda, y resulta que todos no alcanzan para satisfacerle enteramente su dote. La viuda, acreditándolo en forma, repite contra el tercero poseedor de algunos que su marido le enagenó, solicitando se los entregue ó le complete lo que falta de su dote. El tercero alega que los dejados por el marido valen mas que la valuacion dada á ellos por los peritos, y que esta perjudica únicamente á quien los eligió.

En tal caso ó se prueba ó no que es justa la tasacion, ó hay duda; si se acredita que es justa, perjudicará al tercero, y tendrá éste que devolver los bienes que compró; si no es justa, se volverán á tasar, y cubriéndose con ellos la dote, nada tendrá que reintegrar el tercer poseedor; no cubriéndose, la reintegrará hasta en lo que falte: últimamente, si hay duda de si es justa, no perjudicará á él ni á otro acreedor: por lo que volverá á hacerse y se oirá sobre ello en via ordinaria á los interesados. (Ayor., cap. 3, núm. 39.)

FORMULARIO.

Del modo de estender el inventario y tasacion de difunto.

2137 El inventario se puede pedir por cualquiera de los interesados en la herencia, ó por todos, ó por sus testamentarios y comisarios, y hacerse á su instancia ó de oficio por muerte abintestato de alguno cuyos herederos se ignoran, ó son menores ó incapaces, ó aunque capaces, estan ausentes, á fin de evitar el estravío de sus bienes, cuando el difunto no nombró quien los custodiase, pues habiéndolo hecho no debe el juez mezclarse en ello.

Inventario á instancia de parte.

2138 *Pedimento.*=Francisca Lopez, vecina de esta villa y viuda de Manuel Rodriguez, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que el citado mi marido falleció en tal dia bajo del testamento que habia otorgado en tantos de tal mes de este año ante F., escribano, en el cual instituyó por sus únicos y universales herederos á Nicolasa Rodriguez, nuestra hija, menor de 12 años, y á Manuel y Lorenzo Rodriguez, mayores de 25, hijos suyos habidos en el primer matrimonio que contrajo con Angela Fernandez, segun acredita el espresado testamento de que con la solemnidad necesaria presento copia testimoniada; en cuya atencion, para que se sepa qué bienes dejó y se dividan á su tiempo entre todos los interesados, aceptando como acepto á nombre de la citada mi hija la herencia con beneficio de inventario, y no de otra suerte:

A V. suplico se sirva haber por presentado el referido testamento, y por aceptada en dicho nombre la herencia con el beneficio espresado, y á su consecuencia mandar que con citacion de los interesados se inventaríen y tasen por peritos que nombremos, todos los bienes del difunto, pues evacuado esto, protesto pedir lo que corresponda en justicia, que es lo que solicito.

Otrosí: Respecto carecer de edad competente la espresada Nicolasa Rodriguez, mi hija, para nombrar por sí curador de pleito:

A V. suplico se sirva proveerle del que sea de su agrado, con cuya citacion ó asistencia se practique todo: pido como antes= Francisca Lopez.

Auto. Háse por presentado el testamento que se cita, y por aceptada la herencia en la forma que se espresa: con citacion de los interesados: hágase inventario y tasacion de todos los bienes y efectos que dejó Miguel Rodriguez, á cuyo fin nombren tasadores; y mediante á la edad pupilar de Nicolasa Rodriguez se nombra por su curador de pleito á Pedro Sanchez, procurador de este juzgado: notifíquesele para que

acepte este cargo, jure, se obligue y dé la fianza necesaria por derecho; y discernido que aquel sea, practíquese todo con su asistencia por ante cualquier escribano de S. M., á quien para ello se comisiona en forma; lo cual evacuado, pidan los interesados lo que les convenga. El señor don F., juez de primera instancia de esta villa de tal y su partido, lo mandó à tantos, &c.

Notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza del curador.

2139 En tal parte à tantos de tal mes y año yo el escribano de su número notifiqué en su persona el auto anterior á Pedro Sanchez, procurador de su juzgado, quien enterado de su nombramiento, dijo: que acepta el cargo de curador de pleito de Nicolasa Rodriguez, pupila, hija de Miguel Rodriguez, difunto, y bajo juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, se obliga à usar bien y fielmente su oficio, y á defender á la referida no solo en el inventario, tasacion y particion de los bienes de su padre, para que no sea perjudicada en su haber legítimo, sino tambien en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tenga al presente y se le ofrezcan en lo sucesivo con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, siendo actora ó demandada, hasta conseguir plenamente lo que intente en su utilidad, à cuyo efecto hará y practicará cuantos pedimentos, recursos, actos y diligencias judiciales y estrajudiciales sean necesarias, y practicaria por sí dicha menor si fuera mayor, aconsejándose de letrados ó personas de ciencia y conciencia, de modo que por su culpa, omision ó morosidad no quede indefensa ni esperimente el mas leve detrimento. Y si por no cumplir lo prometido se le causare algun daño, le satisfará con sus bienes, á lo cual quiere ser apremiado por todo rigor de derecho. Asimismo para el mas ecsacto cumplimiento de lo espresado, ofrece por su fiador á Juan de tal que está presente, quien dijo que se constituye por tal y promete que el espresado curador cumplirá como debe todo lo que ha ofrecido, con la mayor actividad, ó en su defecto pagará á la menor todos los daños que la ocasione, y no lo haciendo lo satisfará el otorgante como su fiador llano, hecha escursion en sus bienes. Por tanto, los dos se obligan á todo lo dicho con sus personas, y bienes muebles y raices, y derechos presentes y futuros: dan ámplio poder à los señores jueces de S. M. y especialmente á los de esta villa, para que los compelan á todo como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida: renuncian las leyes que los favorezcan, y asi lo otorgan y firman ambos, á quienes doy fé conozco, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa.

Discernimiento de curaduría de pleito.

2140 En tal villa á tantos de tal mes y año el señor don F., juez de primera instancia de ella y su partido, habiendo visto la notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza anteriores, dijo: que discernia

y discierne el cargo de curador de pleito de Nicolasa Rodriguez menor, á Pedro Sanchez procurador del número y juzgado de esta villa, confiriéndole àmplio poder y todas las facultades necesarias por derecho para que la defienda asi en el juicio de inventario y particion de los bienes de Miguel Rodriguez, su padre, como en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tenga actualmente y le ocurran en lo sucesivo, siendo actora ó demandada, con cualesquiera personas y comunidades eclesiàsticas ó seculares, en todos los tribunales superiores é inferiores donde convenga y sea preciso, poniendo demandas, contestando à las que pongan á la menor, presentando pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos, y haciendo ejecuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, recusaciones, juramentos, alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones y abonos de testigos, comprobaciones de instrumentos, letras y firmas, y nombramientos de peritos para ellas y para otras cosas que se ofrezcan: para que forme artículos é introduzca recursos que proseguirá ó abandonará: para que decline jurisdiccion de los jueces incompetentes, acuse rebeldías, pretenda y goce, ó renuncie términos y prórogas de ellos, redarguya de falsos civil y criminalmente los instrumentos que produjeron los colitigantes, tache y contradiga todo lo que estos presentaren, dijeren y alegaren, concluya, oiga autos y sentencias interlocutorias y definitivas, consienta en las propicias, y apele ó suplique de las gravosas y perjudiciales, gane provisiones Reales, sobrecartas, paulinas, censuras y otros despachos que hará leer é intimar en donde y á las personas contra quiénes se dirijan; y finalmente, para que haga y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y estrajudiciales que se requieran, y debe practicar como buen curador de pleito en utilidad de su menor, hasta conseguir ejecutoria con ejecucion de ella, tomando consejo, en lo que el suyo no baste, de letrados y personas de ciencia y esperiencia que sepan dárselo, de modo que á su menor no se cause detrimento por su culpa ó morosidad pena de satisfacer los daños. Asi pues, para todo lo espresado y lo anejo le confiere dicho señor juez poder ámplio con facultad de que por su cuenta y riesgo pueda sustituir esta curaduría en quien y las veces que quisiere, revocar los sustitutos y elegir otros; y en todo lo que practicare en utilidad y defensa de la citada menor y sus bienes, interpone su autoridad cuanto ha lugar en derecho y lo firma.=Don F.=Ante mí F.=

2141 La curaduría de pleito no es otra cosa que un poder que el juez como padre de menores confiere al curador para que los defienda en cuanto se les ofrezca judicialmente, mediante á que por su menor edad no puede defenderse por sí en juicio. Cuando se hallan en la pupilar, debe de oficio proveerles de él; pero en llegando á la pubertad han de nombrarle por sí y proponérsele por pedimento, para que precedidas las solemnidades del juramento, obligacion y fianza le apruebe y confirme, que esto es el discernimiento del cargo. Las diligencias se estienden como las anteriores, y evacuadas, se practican las de inventario y tasacion con su citacion y de los demas interesados, quienes si quieren asistir, pueden, pues para ello se les cita, y si no, el

escribano comisionado no debe por esto dejar de hacer el inventario, porque la citacion les perjudica como si lo presenciaran. Si algun heredero se hallare ausente en parage de donde pudiese regresar prontamente, se le cita por requisitoria, principiando el inventario dentro de los treinta dias de la ley para cumplir con su mandato, y señalándole el competente término segun la distancia, á fin de que venga á presenciarlo ó confiera poder bastante á quien le presencie en su nombre, apercibiéndole que pasado el término sin haber comparecido se continuará el inventario y le parará el perjuicio á que haya lugar. Y si se ignora su paradero, se le cita por edictos y nombra defensor, que viene á ser lo mismo que el curador de pleito, pues se diferencia solamente en la voz y en que el defensor se nombra regularmente para defender en juicio los bienes del ausente, ó del concursante, ó la herencia yacente, á fin de que no se menoscaben; y el curador de pleito para defender en juicio al menor, y asimismo al loco ó fàtuo en sus causas y negocios civiles y militares, y sus bienes aunque aquellos sean mayores de 25 años; por lo que la defensoria se estiende del modo que la curaduría de pleito mudando solo las voces.

Citaciones.

2142 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el escribano cité en sus personas para la formacion del inventario espresado en el pedimento y auto anterior á Francisca Lopez viuda de Miguel Rodriguez, á Manuel y Lorenzo Rodriguez hijos de éste, y á Pedro Sanchez curador de pleito de Nicolasa Rodriguez, quienes respondieron, están prontos á asistir á él, señalándoles dias y horas: á cuya consecuencia les señalé desde mañana tantos de este mes, desde tal hora por la mañana hasta las doce, y por la tarde desde tal á tal hora, y asi en los demas dias sucesivos hasta su conclusion, de que quedaron enterados: doy fé.=F.

Primer dia de inventario.

2143 En tal parte à tantos de tal mes y año yo el escribano estando en la casa en que vivió y murió Miguel Rodriguez, en uso de la comision que por el auto que motiva estas diligencias se me ha conferido, hallándose presentes Manuel y Lorenzo Rodriguez sus hijos mayores, (que dijeron aceptan la herencia de su padre con beneficio de inventario y no de otra suerte) y Pedro Sanchez curador de pleito de Nicolasa Rodriguez, menor, que tambien lo es suya, requerí con el referido auto á Francisca Lopez su viuda, á cuyo pedimento se proveyó pusiese de manifiesto los bienes que dejó para inventariarlos, y en cumplimiento de lo mandado manifestó y por ante mi se inventariaron los siguientes:

Una mesa de nogal de vara y media de largo y una de ancho, con dos cajones, cerraduras y llaves, y sus travesaños de hierro.

Una papelera de lo mismo y de hechura antigua con tantas gabetas y tantos cajones con sus cerraduras y llaves.

Seis taburetes de lo propio para asientos de hombres y de hechura de moda, cubiertos de damasco de lana, &c.

Asi se irán poniendo con separacion los demas bienes que se inventaríen en el dia, y luego proseguirá:

Y por ser tal hora de la tarde de este dia se cesó en este inventario con ánimo de proseguirlo mañana à las mismas horas, quedando los bienes inventariados en la casa mortuoria, de los cuales se constituyó depositaria por convenio de todos los interesados la mencionada viuda, quien se dá por entregada de ellos con renuncia de las leyes respectivas á este caso, prometiendo custodiarlos, tenerlos en depósito y no entregarlos á persona alguna sin mandato especial del señor juez que conoce de estos autos ú otro competente, pena de pagarlos de los suyos y de incurrir en las impuestas por derecho contra los que no dan cuenta de los depósitos que la Justicia fia á su cuidado, y demas que haya lugar: obliga á ello todos los bienes suyos muebles y raices, presentes y futuros: dá poder á los señores jueces que deben conocer de esta causa, para que la compelan á ello como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida: renuncia las leyes que la favorezcan, y asi lo otorga y firma con los demas interesados, á todos los cuales doy fé conozco, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa.

2144 Hemos puesto en las citaciones el señalamiento de dias y horas para evitar diligencias, pues aunque lo regular es ponerlo con separacion y luego hacerlo saber á los interesados, esto es arbitrio, y asi cada uno lo hará como le parezca. Tambien hemos puesto en el primer dia la aceptacion de la herencia con beneficio de inventario de los dos hijos mayores, para que no fuesen tal vez perjudicados, mediante no haber dado el pedimento, ni de consiguiente aceptádola en estos términos, porque sin embargo de que su mera formacion no induce la aceptacion llana, para evitar dudas lo mas acertado es que se esprese, sea en pedimento, ó en el primer dia, ó en diligencia separada.

2145 Con arreglo á este primer dia de inventario se han de estender ó continuar los demas; y para cesar en el inventario no es necesario auto, aunque el juez asista, como se practica en algunas partes, pues basta espresar la causa porque se cesa; ni tampoco para pasar, concluida una clase de bienes, à inventariar la otra, porque el inventario de todas es una diligencia continuada en diversos dias, y para evacuarla es suficiente el primer auto. Finalizado el inventario de bienes muebles, raices y semovientes, se procede al reconocimiento de papeles, y se inventarían por menor y con separacion los créditos á favor del caudal, y despues las deudas que resulten contra él; y sin embargo de que estos y aquellos no consten en los libros, papeles ni asientos del difunto, si quien hace el inventario, sea viuda, hijo, criado ú otro que esté en su compañía, sabe cuales son, poner por via de declaracion suya, por los motivos espresados en los números 2055 y 2056. Despues de evacuado todo, y en seguida de la diligencia del último dia ó en otra separada se cierra y finaliza el inventario con el juramento y protesta del que lo formalizó, de que hablamos en el núm. 2050.

Conclusion del inventario, y juramento y protesta del que lo hizo.

2146 En la forma espuesta se ha concluido el inventario de los

bienes, créditos y efectos que se han hallado pertenecer al mencionado Miguel Rodriguez, los cuales quedan en la casa en que vivió y murió, al cargo y cuidado de dicha Francisca Lopez su viuda, quien se ha constituido depositaria de los inventariados en este dia, en los propios términos que de los que lo fueron en los precedentes: y bajo de juramento que hizo ante mí por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, ha declarado que no tenia noticia de otros, protestando y obligándose bajo del propio juramento, y que siempre que la tenga, los manifestará y hará poner en este inventario, para que los interesados no esperimenten perjuicio en su importe, lo cual firma con las demas, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa.

Tasacion de bienes.

2147 Al inventario se sigue la tasacion de los bienes inventariados, aunque para evitar tantos gastos mejor es hacerlo todo á un tiempo como se practica en esta córte. No habiendo peritos diputados públicamente, deben hacer la tasacion los que lo sean en cada clase y nombren los interesados, y éstos han de proponerlos al juez por pedimento, ó al escribano que entiende en el inventario, sin que para ello, siendo separada, se necesiten testigos como en el inventario, porque no es mas que una declaracion de cada perito, y en las declaraciones no debe haberlos.

Nombramiento de tasadores.

2148 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el escribano y testigos, Francisca Lopez, viuda de Miguel Rodriguez, Manuel y Lorenzo Rodriguez sus hijos, y Pedro Sanchez, curador de pleito de Nicolasa Rodriguez, tambien su hija, dijeron: Que mediante á ser preciso tasar los bienes inventariados para saber su valor y poder dividirlos (si á un tiempo se hiciere el inventario y tasacion, se dirá: *Que para que el inventario y tasacion se evacúen á un tiempo y con mayor prontitud*) nombran unánimemente para el aprecio de las tierras, viñas y olivos á F., agrimensor; para el de las casas á F., maestro alarife; para el de trastos de madera á F., maestro carpintero; para el de lo dorado y pintura á F., pintor &c., y quienes quieren se notifique este nombramiento para que lo acepten; y asimismo dijeron que estan prontos á asistir á la tasacion á las horas señaladas, y lo firman: doy fé.=

Notificacion á un tasador.

2149 En tal parte á tantos de tal mes y año yo el escribano notifiqué en su persona el nombramiento anterior á F., maestro carpintero, quien enterado, dijo: acepta el cargo que le está hecho, obligándose á evacuarlo bien y fielmente segun su inteligencia, sin agraviar á los interesados, y lo firma: doy fé.=

Primer dia de tasacion.

2150 En tal villa á tantos de tal mes y año, estando en la casa

en que vivió y murió Miguel Rodriguez, á efecto de tasar los bienes que dejó y estan inventariados, hallándose presentes Francisca Lopez, su viuda, Manuel y Lorenzo Rodriguez sus hijos, y Pedro Sanchez, curador de pleito de Nicolasa Rodriguez, menor, tambien hija suya, yo el escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de F., maestro carpintero, nombrado para valuar los trastos de madera, quien lo hizo como se requiere, y bajo de él prometió hacer el aprecio y tasacion segun su leal saber y entender, sin causar agravio; y reiterando la aceptacion que tiene hecha ante mí de este encargo, tasó los bienes siguientes:

Una mesa de nogal de vara y media de largo y una de ancho, con dos cajones, cerraduras, llaves y sus travesaños de hierro, en cincuenta rs. . . . . ||050

Una papelera de lo mismo y de hechura antigua, con tantas gabetas y tantos cajones con sus cerraduras y llaves, en ciento y veinte rs. . . . . ||120

||

Asi se irá poniendo por menor la tasacion de cada cosa, y luego concluirá la de cada dia en estos términos:

Importan los bienes tasados en este dia (si se inventariaren y tasaren á un tiempo, se dirá, *inventariados y tasados*) tantos reales, salvo error, y el referido tasador declara haberlos apreciado bien segun su inteligencia, bajo del juramento hecho en que se ratifica, firmándolo con los interesados que se hallaron presentes, y espresando ser de tantos años de edad, poco mas ó menos, de que doy fé. ||

2151 Las diligencias de los dias siguientes se han de formalizar con arreglo y por el órden que la precedente, mudando lo que deba mudarse, pero ademas de lo espresado debe prevenirse: en primer lugar, que aunque en la mera tasacion se necesitan testigos como se ha dicho, si á un propio tiempo se inventarían y tasan los bienes, son precisos, como tambien el depósito en la forma esplicada: en segundo lugar, que si el testador no sabe firmar, se ha de espresar asi, pues por este defecto no se anulará la tasacion: en tercer lugar, que del inventario y tasaciones se ha de dar traslado á los interesados para que espongan lo que les convenga, ya acerca de si algunos bienes se omitieron ó no, ya acerca de si los inventariados fueron ó no apreciados por lo justo; y no diciendo cosa alguna contra esto dentro de los tres dias siguientes al de la notificacion del traslado, proveerá auto el juez aprobándolo todo y mandándoles pasar por ello, con lo cual ya no pueden reclamarlo pasado el tiempo de apelar, bien que si los interesados lo presenciaron, no es necesario comunicarles traslado, pues ellos espondrán lo que se les ofrezca, y asi en esta córte no se les comunica aunque nada presencien, ni las leyes lo mandan, por lo que no es de esencia para su validacion: y en cuarto lugar, que para el valor porque se han de inventariar los bienes muebles y raices que cada cónyuge lleva á su matrimonio, ó durante este hereda ó le donan, se ha de distinguir de clases y del estado en que se hallen. Si son tierras labrantías, se deben estimar por el que tenian entonces, sea mayor ó menor, por-

que su dueño conserva su dominio, y el incremento ó decremento que tengan por solo el tiempo es propio y privativo de él como intrínseco, y no comunicable al otro cónyuge.

Si son edificios, viñas, olivares, huertas con árboles, &c., que no se mejoraron ni deterioraron constante el matrimonio, lo cual resultará del contenido de los títulos de propiedad y del reconocimiento que se haga, se ha de practicar lo propio; pero si se acreditare que hubo mejoras útiles, se han de valuar estas con separacion, especificando en qué consisten, para que se divida su importe; y lo mismo ha de practicarse si hay pérdidas ó menoscabos conocidos y resultan gananciales, porque antes de dividir estos se debe reintegrar cada cónyuge del fondo que puso en la sociedad.

Los diamantes, piedras preciosas y otros bienes muebles que no se consumen ni deterioran con el uso, se han de inventariar y aplicar por el valor que tenian cuando su dueño los llevó al matrimonio. Pero sin embargo de lo espuesto, si los interesados se conformasen espresamente en que se tasen nuevamente y apliquen por el precio que se les dé, se estará á su convenio; y una vez prestado su consentimiento espreso, no podrán retractarse: lo que tendrá presente el escribano para advertírselo y evitar pleitos.

Inventario de oficio por muerte abintestato de alguno.

2152 Muriendo alguno sin disposicion testamentaria, sea repentinamente ó de enfermedad que le perturbase el juicio y privase de hacerla, y dejando hijos menores ó herederos ausentes, conocidos ó ignorados, debe providenciar el juez la custodia de sus bienes para evitar ocultacion y que sus herederos sean defraudados, y hacer poner guardas de vista dentro y fuera de su casa mientras está enfermo, si es comerciante ó acaudalado, aunque tenga muger propia. Si la muerte fué repentina, no solo ha de procurar evitar el estravío de sus bienes, sino tambien mandar justificar la identidad de su persona para que se le pueda dar sepultura eclesiástica, y hacer que le reconozcan médico y cirujano à efecto de inquirir si la muerte fué ó no violenta, y en caso de haberlo sido, proceder contra los agresores. Pero si fué natural, y porque lo grave de la enfermedad le perturbó la cabeza ó porque sin embargo de estar capaz y muchos dias enfermo, no quiso testar, (pues hay personas de esta tenacidad) es supérfluo el reconocimiento de médico y cirujano, y basta justificar su cristiandad, ó que certifique su párroco de ella, sin causar mas gastos para que se le entierre en sagrado; ni en el auto se debe mandar, porque no hay presuncion de violencia ni de homicidio, ni en que fundarla. Las diligencias de prevencion de abintestato se principian por un auto de oficio como el siguiente:

Auto para prevenir un abintestato.

2153 En tal villa á tantos de tal mes y año por ante mí el escribano, el señor don F., juez de primera instancia de ella, dijo: se le acaba de dar noticia que F. ha fallecido de accidente repentino, dejando hijos menores, (ó sin herederos conocidos), y sin haber hecho disposicion

testamentaria, á cuya consecuencia para evitar la ocultacion de bienes, averiguar la causa de su muerte, justificar la identidad de su persona y proceder á lo demas que haya lugar, hizo poner este auto de oficio por cabeza de proceso, y en su virtud manda á cualquiera alguacil de este juzgado que en mi compañía pase á su casa, y constando estar difunto recoja todas las llaves, secuestre sus bienes y los custodie donde no se estravíen, procediendo al ecsámen de testigos, médico y cirujano que reconozcan el cadáver, para lo cual nos da comision en forma; como tambien que evacuado se traiga para resolver en su vista lo conveniente. Asi lo proveyó, mandó y firmó por este auto, de que doy fé.=

Fé de muerte del cadáver y requerimiento á la viuda para la entrega de las llaves.

2154 Incontinente el citado alguacil pasó á la casa donde vivia F., que está en tal calle, y en tal pieza de ella le hallamos al parecer cadáver, porque aunque le llamé tres veces en voz alta, nada respondió, y conocí ser el mismo que yo habia tratado; en cuya vista el mencionado alguacil requirió á presencia mia con el auto anterior á F., su viuda, para que le entregase todas las llaves de los cofres, arcas, papeleras y demas trastos en donde están custodiados sus bienes muebles y papeles, y en su cumplimiento le entregó tantas que dijo ser todas las que hay de dichos cofres y trastos, con lo que se abrieron y volvieron á cerrar: haciendo meter ademas de esto en una pieza que está hácia tal parte todos los muebles que habia en otras, dejándola tambien cerrada y recojiendo su llave: todo lo cual firma; de que doy fé.=

Informacion sobre la identidad del difunto.

2155 En tal villa á tantos de tal mes y año por ante mí el escribano, F. alguacil de su juzgado, en uso de la comision que se le ha conferido, recibió juramento por Dios nuestro señor y una señal de cruz en forma de derecho de N, vecino de ella, quien habiendo prometido bajo de él decir verdad y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y habiéndolo sido por mí al tenor del auto con que estos principian, dijo: que conoció de vista, trato y comunicacion á F., que ha oido decir falleció en este dia á tal hora de accidente repentino, sin haber hecho disposicion testamentaria, dejando tantos hijos menores, y que sabe que el citado F. era cristiano y temeroso de Dios, porque le vió oir misa muchas veces y frecuentar los santos sacramentos de la Penitencia y Eucarestía: todo lo cual declara ser verdad, y lo que puede decir bajo del juramento que ha hecho, firmándolo con el citado alguacil, y espresando tener tantos años de edad, de que doy fé.=

2156 Segun se ha ordenado esta declaracion, se han de ordenar las de otros dos ó mas testigos. Si la muerte fué repentina, han de reconocer el cadáver médico ó cirujano, y han de estenderse sus disposiciones con los términos facultativos de que usen; y resultando por estos haber sido natural, se provee auto para que se dé sepultura eclesiástica al cadáver, se continúan las diligencias de inventario nombrando

curador de pleito á los menores, si se hallan en edad pupilar, ó defensor á los herederos ausentes, con cuya citacion y la de la viuda, si la hubiere, se practica todo, librando requisitorias y fijando edictos para llamar á los parientes que deben heredar abintestato al difunto por falta de herederos forzosos.

Auto para que se dé sepultura al cadáver, y se inventarien sus bienes.

2157 Por lo que resulta de las diligencias precedentes dése sepultura al cadáver de F. en la iglesia parroquial de que fué feligrés, á cuyo fin se saque testimonio de este auto para entregárselo al párroco, (si hubiere provisor ó vicario en el pueblo, se dirá: *con el que se acuda al señor provisor ó vicario de esta villa, para que conceda á su párroco la competente licencia*) y hecho, inventaríense y tásense los bienes que dejó, con citacion de los interesados, los cuales nombren tasadores, y mediante la edad pupilar de M. y M. hijos menores del espresado F., se nombra por su curador de pleito á F., procurador de este juzgado, por cuya citacion, precedidas las formalidades de su juramento, obligacion, fianza y discernimiento, se practique todo. El señor don F., juez de primera instancia de esta villa de tal, lo mandó á &c.

2158 Resultando haber sido natural la muerte, no necesita el escribano asistir al entierro del cadáver, ni hay para qué; pero si resultase que fué violenta, como por razon del delito, es preciso proceder criminalmente, se le debe mandar en este auto que le presencie y forme pieza separada, dando fé del parage y sepultura en que se le enterró, hábito que llevaba, y demas señales y circunstancias correspondientes, para que si conviniese desenterrarle y volverle à reconocer, no se dude que es el mismo, ni del homicidio, por lo que pueden conducir los reconocimientos y demas diligencias é inquisiciones que se hagan.

Sobre declarar á un pariente del difunto por su heredero abintestato.

2159 No habiendo dejado hijos ni otros herederos forzosos el difunto, se ha de nombrar defensor á la herencia yacente, fijar edictos en los parages públicos de su pueblo, y espedir requisitoria á el en donde se tenga noticia que hay parientes suyos, para que se fijen alli tambien, llamándolos á ellos y à sus acreedores con término perentorio; y si alguno pretende tener derecho á la herencia, ha de dar pedimento presentando las partidas de bautismo y casamiento, testamentos y demas documentos que acrediten el grado de parentesco que tenia con él, y solicitando que á mayor abundamiento se le reciba informacion de ello, y se le dé posesion de todos los bienes. A esta peticion debe proveer el juez, que con citacion del defensor se le reciba informacion, y que evacuada se le comunique traslado de todo; el defensor responderá conformándose con la pretension si no duda de las justificaciones, ó espondrá lo que, segun lo que resulte de los autos, se le ofrezca; y no habiendo oposicion, ó aunque la haya, vencidas que sean las dificultades que objete esta, se declarará al pretendiente por heredero abintestato del difunto, y se mandará darle la posesion de sus bienes con obligacion de hacer por su alma los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, y de dar cuenta al juez de haberlo practicado; (pues sino se le precisa á ello en

el auto, es regular que nada haga y solo piense en disfrutar de la herencia); y que para la entrega de los bienes se requiera al depositario, al cual con testimonio de haberlo hecho, se dará por libre del depósito constituido. Si dejare el difunto hijos ú otros descendientes legítimos, pretenderán se les declare por herederos, haciendo la informacion de testigos y presentacion de documentos, y se les declarará bajo la misma obligacion; en cuyo caso no es menester nombrar defensor, porque la herencia no está yacente ó vacante sin tener quien la represente, como en el anterior. Esto es en sustancia lo que se practica para declarar á uno por heredero abintestato de otro pariente suyo, y por ser fácil ordenarlo, omito estender las correspondientes diligencias.

TITULO XXX.

De la colacion.

2160 **S**uelen los padres cuando ponen en estado á alguno de sus hijos, ó los dedican á la carrera militar ó literaria, ó en otras ocasiones, hacer gastos con ellos, ó darles crecidas cantidades ó hacienda, ya espresando ser en cuenta de sus legítimas, ya sin decir cosa alguna; y cuando nada espresan, se duda si estas donaciones ó gastos se les han de imputar en parte de legítima, ó han de reputarse donaciones simples procedentes de una mera liberalidad, y de consiguiente si son ó no colacionables, suscitándose con este motivo pleitos que disminuyen mucho y aun aniquilan las herencias. Por tanto, deseando evitarlos, y que el partidor se instruya, no cause perjuicio, ni tenga necesidad de preguntar ni molestarse en registrar libros que tal vez no entienda; no obstante la diversidad de pareceres entre los mas célebres jurisconsultos sobre muchos particulares de materia tan árdua é intrincada, à causa de la antinomia ó contrariedad que por falta de discernimiento y espresion parece tienen nuestras leyes, y especialmente las 26 y 29 de Toro, pues afirman algunos que mas confunden que ilustran, procederemos para ello con la claridad que sea posible, adhiriéndonos en los casos ambiguos al dictámen mas conforme con el espíritu de aquellas, y dando al partidor, para que no yerre, las reglas ciertas que verá en adelante.

SECCION I.

Qué es colacion, quiénes pueden pedirla, y quiénes deben hacerla.

2161 La palabra *colacion* tiene en el derecho varias significaciones; pero segun nuestro propósito es *una comunicacion ó agregacion que los descendientes legítimos, que son herederos, hacen á la herencia ó cuerpo del caudal paterno ó materno, de los bienes que sus padres le dieron y ya son suyos, para que despues se dividan todos legalmente entre ellos.*

2162 En tres casos se debe hacer la colacion, muera testado ó intestado el donante:

El primero es, cuando el padre ó ascendiente mandó espresamente al hijo ó hija que la hiciese de lo que le habia dado, porque el donante puede mandarlo.

El segundo, cuando por conjeturas aparece que la voluntad del padre fué que los bienes que habia donado se colacionasen.

Y el tercer caso es, cuando se duda si el padre lo quiso ó

no; pues entonces se presume que su voluntad mas fué anticipar al hijo en vida la paga de su legítima, que ser liberal con él é inducir desigualdad entre los demas hijos.

2163 Pero si el padre prohibiere espresamente la colacion, pues para que se entienda prohibida no bastan conjeturas por urgentes y vehementes que sean (ley 3, tít. 15, Part. 6), no se hará, siempre que segun nuestro Derecho Real no escedan los bienes donados de lo que puede tocar al donatario por su legítima y mejora, pues habiendo esceso, deberá hacerla del importe de éste y restituirlo, y siempre que las donaciones ó gastos sean para ir á la guerra, estudiar ó seguir otra carrera de honor y útil á la familia y al Estado, pues estos como esentos de la colacion no se deben imputar por legítima ni mejora.

2164 Seis circunstancias se requieren para que tenga lugar la colacion.

La primera es, que quien la pide y á quien se pide sean hijos ó descendientes legítimos del difunto cuya herencia se ha de dividir.

La segunda, que dichos descendientes sucedan por el título universal de herederos y no por el particular de legatarios ó fideicomisarios, pues si suceden como tales, percibirán el legado ó fideicomiso sin obligacion de colacionar la dote ó donacion que recibieron en vida de sus padres ó madres, escepto que sea inoficioso el legado, en el cual procede lo que se ha dicho de la donacion. (Ley 4, tít. 15, Part. 6.)

La tercera, que los bienes donados hubiesen sido de la persona á quien se hereda.

La cuarta, que la cosa ó cantidad recibida se adquiera en vida del difunto cuya herencia se trata de dividir; porque si se adquiere despues de su muerte, como es el legado, fideicomiso ú otra donacion que se confirme con ella, no es colacionable, á menos que el donante mande que se reciba en cuenta de legítima.

La quinta, que á los hijos y descendientes legítimos entre quienes se trata de hacer la colacion se les deba la legítima; y por tanto, si el nieto ó nieta viviendo su padre recibió algo de su abuelo, y éste fallece en vida del padre, no está obligado aquel ó aquella á colacionar la donacion.

Y la sesta circunstancia es, que el hijo ó descendiente quiera ser heredero de quien recibió alguna cosa, pues si renuncia su herencia, no está obligado á la colacion, y si se le prometió algo y no se le entregó, puede pedirlo, debiendo mirarse en ambos casos si es inoficiosa la donacion.

2165 La accion de colacionar y pedir la colacion no solo compete á aquel á quien se ha de colacionar, sino tambien á su heredero y contra el heredero del que está obligado á hacer la colacion, pues ademas de otras razones que traen los autores, por la persona del heredero no se muda la condicion de la obligacion, y asi como la herencia se trasmite, se transmiten su derecho y cualidad.

2166 Convendrá para la debida claridad é instruccion del partidor insertar la ley 29 de Toro (es la 5, tít. 3, lib. 10, Novísima Recopilacion), que dice: "Cuando algun hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y par-

ticion la dote y donacion *propter nuptias*, y las otras donaciones que ovieren recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar. Pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que toca á las dotes (puesto que sea durante el matrimonio), á tornar á los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas, para que lo partan entre sí. Y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire á lo que escede de su legitima, y tercio y quinto de mejoría en caso que el que la dió podia hacer la dicha mejoría cuando hizo la donacion ó dió la dicha dote, habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió ó prometió la dicha dote al tiempo que la dicha dote fue constituida ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote ó la prometió, dó mas quisiere escoger aquel á quien fué la dicha dote prometida ó mandada. Pero las otras donaciones que se dieren á los hijos, mandamos que para se decir inoficiosas se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte."

2167 En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus hijos y descendientes legítimos ó legitimados por el subsiguiente matrimonio, á quienes se debe abintestato la legítima, sin que haya diferencia de secso, emancipacion, ó patria potestad; es decir, sean todos varones ó hembras, estén ó no emancipados, y fuera ó en poder de sus padres, concurran varones ó hembras entre sí unos con otros, ó el emancipado con ellos, ó con otros emancipados, ó con los que no lo están, y sean ó no póstumos, si con arreglo á nuestras leyes (fin., tít. 13, Part. 4; y 2, tít. 5, libro 10, Novísima Recopilacion) son capaces, en naciendo, de heredar á sus ascendientes.

2168 Entre los herederos estraños, instituidos solos ó juntamente con los hijos del testador, no ha lugar la colacion; pero entre estos solos sí, de modo que aunque los estraños nada colacionen entre sí mismos para su menor haber en lo que habiendo hijos pueden percibir con arreglo á la ley 28 de Toro, no dejarán por eso los hijos de colacionar entre sí lo recibido, como si fueran los únicos instituidos y de ningun estraño se hiciera mencion.

2169 Tampoco ha lugar la colacion entre los colaterales, porque (fuera de otras razones que traen los autores) las leyes que tratan de ella hablan solamente de los descendientes, y no se deben ampliar á personas de quienes no hace ninguna mencion específica ni genérica.

2170 Lo propio se ha de decir por la misma razon de los ascendientes, pues donando el padre á su hijo, se juzga que quiere guardar igualdad entre sus hermanos, y de consiguiente que no le dona con ánimo de mejorarle; pero cuando el descendiente dona á su ascendiente, no es con el de que haya igualdad ni por razon de legítima, puesto que segun el órden de la naturaleza no es igualmente creible que le ha de sobrevivir.

2171 Ni con el hijo legitimado por el Soberano ni con el prohijado tiene lugar tampoco la colacion habiendo hijos ó descendientes

legítimos, porque con estos ninguno de ellos concurre á heredar. Asimismo no la hay entre los hijos naturales, sucedan solos ó con otros legítimos, por no debérseles legítima.

2172 En órden á si el hijo ó hija escluidos de heredar, sea por estatuto ó costumbre del pueblo, ó por haber renunciado con juramento sus legítimas paterna y materna, han de colacionar ó no lo que en vida recibieron de sus padres, se debe distinguir: ó son escluidos reservándoles alguna porcion, ó no, ó ellos mismos se escluyeron por la renuncia; si hubo reserva, entonces, como que no se les debe legítima, no estarán obligados á colacionar, ni tampoco por la propia razon cuando se escluyeron por la renuncia jurada que hicieron; pero si no habiendo habido reserva, á causa de que por todos derechos se les debe su legítima, y si no obstante su esclusion los instituyesen herederos sus padres, como pueden hacerlo, deberán colacionar lo que recibieron de ellos, porque con la institucion consiguen todo el derecho de que estaban destituidos, como si no hubiera dicho estatuto ni renuncia.

2173 Si habiendo dotado el padre ó hecho donacion de sus propios bienes á un hijo ó hija, y despues de muerto el mismo padre fallece el suyo, abuelo de los hijos, á quien heredan dicho nieto ó nieta y otros nietos ó tios hermanos de su padre, no tienen obligacion de colacionar la dote ó donacion; porque no se trata de partir los bienes del que la dió ó hizo, sino los del abuelo de quien nada hubieron: y así solamente tendrá lugar la colacion cuando se hayan de dividir los paternos.

2174 Los nietos hijos de hijos ó hijas que recibieron algo de su abuelo ó abuela despues de muerto su padre ó madre, están obligados á colacionarlo con los otros nietos, ó con sus tios hermanos de su padre ó madre, cuando hereden á su abuelo ó abuela, porque se les debe la legítima, y es visto habérselo anticipado en cuenta de ella, escepto que se lo hubiesen dado por via de remuneracion, pues la donacion remuneratoria no es verdadera donacion, sino satisfaccion de lo que se debe.

2175 Pero si en vida de su padre lega el abuelo paterno á su nieta alguna cosa, no deberá colacionarla en cuenta de su legítima por muerte de ninguno de los dos, ni por la del abuelo, porque no está obligado á dotarla, ni es su heredera viviendo su padre, ni de consiguiente es visto habérsela legado con ánimo de que la compensara con su legítima, á menos que lo esprese; y ni por la de su padre, porque éste no se la dió, ni salió de su patrimonio.

2176 Lo mismo procede cuando el padre deja algun legado á su hija pupila, pues aunque está obligado à dotarla, no es de presumir que lo dejase con ánimo de compensarlo con su dote, porque no se halla en edad de casarse; y asimismo cuando hace el legado quien debe á cierto dia ó con condicion antes que se cumpla ésta ó llegue aquel, no se considera hecho con dicho ánimo.

2177 Igual obligacion tienen de colacionar lo que dieron en vida á sus padres, y por su muerte entró en su poder, que lo que donaron á ellos despues de muertos estos, porque suceden ocupando el lugar de su padre ó madre, quienes lo colacionarian si vivieran; en cuyo caso los nietos hermanos se reputan una persona para el efecto de su-

ceder, de suerte que heredarán entre sí por estirpes, llevando entre todos la porcion que el padre ó la madre llevarian si viviesen, y cada uno de sus tios carnales otra tanta como los referidos nietos; por lo que no hay disparidad de grado que impida la colacion.

2178 Si un padre que tenia hijos de dos matrimonios, casa durante el segundo dos v. gr. que habia habido del primero, dando á uno algo menos de lo que le tocaba por su legítima, y á otro algo mas á cuenta de la paterna, espresando lo que les entregaba por cada una, debe el segundo hacer dos colaciones; la una con su hermano entero, para igualarse con él en el haber de su madre, y la otra con este y con sus hermanos consanguíneos, para igualarse en el del padre de todos. Por ejemplo, la herencia de la muger primera eran 200, y el padre dió al uno 50 y al otro 300. En tal caso éste último colacionará con el otro los 50 que llevó mas de lo que debia haber por su madre, y se los restituirá, para que queden igualados, con lo cual vendrá á percibir cada uno los 100 que le corresponden por la legítima materna; y luego con su mismo hermano entero y con los consaguíneos del segundo matrimonio colacionará los 150 restantes como percibidos á cuenta de la paterna, porque todos son herederos de un padre cuya herencia se va á partir. Y si à entrambos hubiese reintegrado igualmente su haber materno y dado ademas algo á cuenta del suyo, deberán colacionar con los consanguíneos lo recibido por cuenta del paterno, y por lo respectivo á su madre nada tendrán que colacionar entre sí, por estar igualados, como ni tampoco con los del matrimonio segundo en caso que á cuenta del haber de su padre nada hayan percibido.

SECCION II.

Qué bienes deben traerse á colacion.

2179 Regularmente hablando deben colacionar los descendientes legítimos en cuenta de sus legítimas los bienes, donaciones y gastos que hubieron ó hicieron en vida y salieron del patrimonio del ascendiente de cuya herencia se trata, y si la aceptan (ley 3, tit. 15, Part. 6): en cuyos bienes no solo se comprenden los muebles y raices, sino tambien las deudas, derechos y acciones que los ascendientes tienen á su favor y donan á sus descendientes; todo lo cual se entiende no mandando lo contrario el donante ó no coligiéndose de su voluntad.

2180 Así pues, deben las hijas traer á colacion con los coherederos la dote que han recibido de sus padres, si aceptan su herencia (ley 3 citada), aunque no las requieran para ello sus hermanos ó los coherederos, porque quien está obligado á colacionar, si pide la parte que le toca en la herencia, debe ofrecer la colacion; aunque cuando se les entregó la dote fuesen únicas, y aunque el padre hubiese entregado la dote al yerno, porque si la dió á un tercero para que este la entregase á aquel ó á su hija, y en poder del tercero se consumió ó perdió sin llegar al del yerno ni hija, no esta obligada á colacionarla; por lo que recibirá su legítima entera, debiendo los coherederos imputar la pérdida á su padre y no á ella ni á su marido. (Arg. ley 13, tit. 11, Part. 4.)

2181 La obligacion de colacionar las hijas la dote que sus padres les dieron para casarse, se amplía á las demas donaciones que estos les hacen, porque se presumen hechas por razon de casamiento, y por esta causa no pueden ser mejoradas en contrato.

2182 Así como las hijas deben colacionar la dote y demas bienes que sus padres les entregaron de los suyos, lo deben hacer igualmente de lo que consta les dieron otras personas por mera contemplacion suya, porque se conceptúa dado por los mismos padres; del mismo modo que lo que donan á las mugeres los parientes de su marido por contemplacion de éste, es visto dárselo él, y lo adquiere.

2183 Cuando el hijo herede à sus padres, no solo debe colacionar lo que recibió de ellos, sino tambien los vestidos, joyas, adornos y demas cosas que dieron á su esposa, estén ó no consumidas, porque en duda se conceptúa habérselas donado por contemplacion y en nombre del mismo hijo que estaba obligado à dàrselas segun su esfera y posibilidad y la costumbre del país, y en cuenta de su legítima, de suerte que pasen á su poder, aunque no conste por otra parte que se las donaron por sus respetos; y si están consumidas, colacionará su estimacion.

2184 Deben los hijos colacionar los oficios públicos vendibles que compran sus padres para ellos, ó ellos con el dinero que les dan para este efecto, si son trasmisibles, dénselos en dote ó capital ó simplemente; y en este caso se les debe computar en su legítima, no el mismo oficio porque es indivisible y mero personal, sino el válor que tiene, regulando su capital por lo líquido que produce al tiempo de la muerte del padre y no por lo que costó. Lo propio milita cuando consta que el Soberano á ruegos del padre y por su mera contemplacion lo concedió al hijo. Pero si los tales oficios no son vendibles ó por lo menos trasmisibles, no se deben colacionar.

2185 Si los padres ó el uno de ellos dieron dote á su hija ó capital á su hijo, y despues le volvieron á dar alguna cantidad de dinero, alhaja ó finca para alimentarse, pagar deudas, ú otro fin urgente, aunque parece que deberán colacionarla en cuenta de su legítima segun la ley 26 de Toro, y se entenderán mejorados en ella, la traerán sin embargo á colacion, del mismo modo que la dote y capital, no mandando sus padres otra cosa, porque es donacion causal hecha por necesidad, habiendo habido para este aumento la misma causa que para la primera; y porque es visto que sus padres quisieron anticiparles aquello mas en cuenta de sus legítimas, pues la citada ley 26 se entiende segun la comun y mas segura opinion en las donaciones simples, las cuales no son colacionables, y no en las causales.

2186 Debe colacionar el hijo que se halla bajo de la pátria potestad el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le donó espresamente, si éste tiene recojidos los frutos y está hecho dueño de ellos, porque se estiman en este caso como profecticios, por haber el padre adquirido su dominio; escepto que mande que no los colacione, como en cualquier tiempo lo puede mandar, por no haber ley que se lo prohiba. Pero si se los donó tácitamente prometiéndole que los llevase despues de cojidos sin contradecir su percibo, no está obligado á traerlos á colacion, ni sus hermanos deben inquietarle acerca de

ella. No obsta decir que la simple donacion hecha al hijo de familia por su padre en vida que es revocable y se confirma por la muerte del donante, se colaciona, porque esto se entiende en la que hace de sus cosas propias, no en la remision del usufructo de los bienes adventicios del hijo, en la cual nada da de lo suyo, porque la ley le concede dicho usufructo con la condicion tácita de *si quiere adquirirlo.*

2187 Si el hijo emancipado léjos de adquirir y cuidar de los bienes de su padre los dilapidó, consumió ó sustrajo, debe colacionarlos ó restituir su importe; pero si se halla bajo la pátria potestad, podrán los coherederos conseguir el reintegro por medio de la compensacion ó retencion de otro tanto como destruyó, lo que en el efecto viene á ser lo mismo.

2188 Son colacionables en cuenta de legítima las donaciones que los padres hacen á sus hijos por causa necesaria, porque es visto no hacerlas por mera liberalidad, sino impelidos de aquella causa, y consiguientemente con ánimo de compensarlas, pues son de cantidad crecida y parte considerable de herencia.

2189 Pero en órden á las donaciones simples, la opinion mas comun es, que no se deben colacionar, porque regularmente son de corta cantidad, y como proceden de mera liberalidad del donante y no hay ninguna causa necesaria para hacerlas, se contemplan hechas sin ánimo de que se compensen con la legítima, y se estima al donatario por mejorado en su importe.

2190 Pero esto se limita en tres casos:

El primero es, cuando el padre hace la donacion al hijo emancipado; pues vale incontinenti y es colacionable como las causales, escepto que esprese que no quiere la colacion; aunque por el contrario haciéndola al que está en su poder, no es válida, á menos que se confirme con su muerte.

El segundo, cuando de no colacionarse la donacion simple resulta grande desigualdad entre los descendientes.

El tercero, cuando el donante mandó en la misma donacion que el donatario la colacionase; en cuyo caso cesa toda duda, y no hay mejora.

2191 *Donaciones causales*, que tambien se llaman *necesarias*, son las que el donante hace por alguna causa necesaria, útil ó pia, por la que puede ser compelido à hacerlas, como el dotar á la hija que vive honestamente, el casar ó poner en estado à algun hijo ó alimentarle. Estas donaciones se deben colacionar é imputar al donatario en su legítima, à menos que el donante mande otra cosa, ó se colija de su voluntad que quiso mejorarle, porque es visto haberle anticipado en cuenta de aquella lo que le donó, y no donándoselo liberal y graciosamente. Así lo indica la ley 29 de Toro, que habla primero de la legítima que del tercio y quinto, en estas palabras.» Y para se decir la dicha dote inoficiosa, se mire á lo que escede de su legítima, y tercio y quinto de mejoría." Mas por el contrario en las donaciones simples de que trata la 26, se hace mencion del tercio y quinto antes que de la legítima, porque quiere se imputen en aquellos primeramente. «Y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad de di-

cho tercio y quinto y legítima.» El órden de las palabras concilia ambas leyes, y dá á conocer de qué donaciones habla cada una.

2192 Tocante á si lo que el abuelo dió á la nieta viviendo su hijo, lo deberá colacionar ésta, ó su padre; se ha de distinguir si el abuelo dió á su nieta la dote por sus méritos y obsequios ó por particular afecto que le profesaba, como suele suceder especialmente habiéndola criado, y no por mera contemplacion de su hijo, no tiene éste obligacion de colacionarla, cuando sucede á su padre, ni tampoco la nieta, si por haber muerto el suyo hereda á su abuelo, porque ésta le sucede por su propio derecho ocupando el lugar de su padre, quien no estaba obligado en dicho caso á colacionarla, á causa de no haberse dado por su contemplacion; y porque como no se le debe la legítima del abuelo viviendo su padre, no es visto habérsela anticipado, sino dejándole un legado de su importe, como pudo hacerlo. Lo mismo procede en el capital ú otra donacion colacionable que haga el abuelo á su nieto.

2193 Pero si el abuelo donare á su nieta por contemplacion de su hijo y constase de ello, ó hiciere alguna donacion colacionable al nieto, v. gr., porque era pobre ó porque estaba obligado á dotarla ó á hacérsela, tendrá que colacionar aquel la dote de su hija, ó donacion hecha á su hijo, cuando se dividan los bienes de su padre, abuelo de ellos, y recibirla en parte de su legítima, porque se conceptúa haberse dado primero á su padre como persona mas prócsima, y que por medio de éste pasó despues á sus hijos; y luego el hijo ó hija la colacionará tambien cuando se parta la herencia de su padre, porque inmediatamente salió de su patrimonio, puesto que se le dió por su mera contemplacion; y lo mismo deberán practicar dichos hijos, si suceden con sus tios carnales ú otros nietos á su abuelo por haber muerto antes su padre. Lo propio milita en caso de duda, pues se presume habérseles dado por respetos de su padre y no de ellos.

2194 En órden á si el enfiteusis es ó no colacionable, debe distinguirse:

Si es de *nominacion* por ciertas vidas, el cual se usa en el reino de Galicia, y el enfiteuta no lo compró, y en vida nombra á su hijo para que lo goce, no tiene este obligacion de colacionarlo ni de colacionar su estimacion con sus hermanos, cuando su padre no fué el primero que lo adquirió, porque nada recibe de él sino del señor del dominio directo que lo concedió al primero: ni tampoco cuando el padre le eligió en su testamento, porque esta eleccion hace las veces de legado, y lo que se deja en última disposicion no se colaciona.

2195 Si el padre lo adquirió, deberá traerlo á colacion el hijo, porque se entiende concedido al mismo padre, con quien contrajo el señor del dominio directo y no con el hijo, á quien tal vez no conoció ó acaso no habia nacido entonces, por lo que no se presume tenerle afecto, y lo propio milita sin disputa, aunque se conceda al hijo, si en la concesion se espresó que se hacia por contemplacion y respetos del mismo padre.

2196 Y si el padre lo compró, tendrá tambien el hijo nombrado que colacionar el precio desembolsado, porque cuanto pagó el padre, tanto disminuyó de su caudal para conseguirlo, y á no haberlo comprado, quedaria su importe á todos sus hijos para dividirlo entre sí, en

cuya atencion es justo que el hijo que sucede en todo él, lo colacione, para que de este modo no haya desigualdad, ni sus hermanos sean perjudicados en sus legítimas. No obsta que el enfiteusis no pasa al hijo hasta que su padre fallece, y que las cosas adquiridas despues de su muerte no son colacionables, segun se ha dicho, porque el precio salió de su caudal en vida, y no se lo dejó en disposicion última, por lo que debe colacionarlo, no mandando el padre lo contrario.

2197 La obligacion de colacionar el precio tiene lugar en el caso de que el padre renuncie el enfiteusis en el señor del dominio directo, para que lo conceda al hijo y éste no se halle obligado á colacionarlo, pues no es justo por ningun motivo que semejante fraude tenga efecto en perjuicio de los demas hijos.

2198 Asimismo tiene lugar aunque el padre comprador sea el último llamado á su obtencion, é impetre del señor del dominio directo que lo renueve en favor de su hijo, porque con el dinero satisfecho no solo es visto comprar el enfiteusis sino tambien el derecho de pedir su renovacion; y porque el enfiteusis renovado es el mismo continuado y no otro nuevo.

2199 Igualmente tiene lugar aun cuando el enfiteusis se haya concedido al hijo en remuneracion de los servicios hechos por su padre al señor de él, si estos son obligatorios y dignos de ser remunerados, porque la accion que se adquiere por servicios se reputa como las demas acciones y derechos.

2200 Finalmente, tiene lugar dicha colacion en el importe de las mejoras ó aumentos hechos por su padre en la finca enfitéutica, si el hijo quiere ser heredero, á cuyo fin se apreciarán; pues tiene accion á repetirlos del señor del dominio directo, á quien acabadas las vidas ha de volver mejorada, y éste debe abonàrselos, porque á todos està prohibido enriquecerse con detrimento de tercero.

2201 Lo que se ha dicho de las mejoras, ha de entenderse de las útiles que aumentan el valor de la finca, y no de las que solo se hicieron para conservarla y entregarla tan buena como se recibió, porque como necesarias deben hacerse; ni tampoco de las que el comprador y sus sucesores estuvieron obligados á hacer en virtud del contrato enfitéutico.

2202 Si el padre no solo nombra al hijo, sino que en vida le entrega la finca enfitéutica, deberá colacionarla aunque no se hubiese comprado ni mejorado, porque tanto disminuye de su patrimonio, cuanto su hijo consigue del enfitéusis, y tanto mas se hallaria que dividir entre sus hijos á no habérsele donado ni entregado. Y si en vida se la entregó simplemente, y el hijo gozó sus frutos sin constar del título con que poseia, deberá no obstante colacionarla, por evitar la desigualdad entre sus hermanos; bien que segun la ley 26 de Toro se entenderá mejorado en ella en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima.

2203 Asi como el hijo debe colacionar al tiempo de la particion de los bienes de su padre el enfiteusis de *nominacion* que éste compró, asi tambien el nieto, hijo de aquel, cuando se efectúe la de los del suyo, pues versa la propia razon, porque á no haberlo comprado, hubiera dejado mas caudal, y su hijo tambien en otra cosa, lo cual procede, aunque el abuelo nombre al nieto.

2204 Nombrando el enfiteuta á un estraño para el goce del enfiteusis mejorado, no deberá pagar este las mejoras, porque es visto habérsele dado con ellas; y únicamente, en caso de haberlo, devolverá el esceso de lo que se le permite disponer teniendo descendientes legítimos, que es del quinto: pero si antes tuviese donado éste à otro, y el nombrado quisiere la finca enfitéutica con las mejoras, tendrá que pagar su importe, no por razon de colacion, pues los estraños no colacionan, sino porque el donante no puede disponer de mas de un quinto en vida y muerte en perjuicio de las legítimas de sus descendientes.

2205 Por lo concerniente al enfiteusis ó censo perpétuo, si el padre donó en vida á algun hijo ó dió en dote á alguna hija la finca enfitéutica, deben colacionarla del mismo modo que si les hubiera dado otra cualquiera de su patrimonio, sin la mas leve diferencia, bajando su carga ó pension, porque se conceptúa finca patrimonial ó de la herencia paterna, y como tal es divisible entre todos; por lo que quien antes la reciba debe traerla à particion con los coherederos, no mandando lo contrario el testador, ó no mejorándole tàcita ó espresamente en su importe. Y si el testador no dispuso en vida de la finca enfitéutica, y cuando la tomó en enfiteusis, fué con la obligacion de no poderse partir ni dividir nunca, segun suele pactarse en este contrato, como que la finca es parte de la herencia que dejó, se adjudicará á uno de sus hijos, bajando el importe de todo el gravámen enfitéutico, y si no le cupiere en su haber, restituirá el mayor valor á los coherederos.

SECCION III.

Qué bienes no se traen á colacion.

2206 No está obligada la hija á colacionar el dinero que alguno le dió voluntariamente ó en virtud de sentencia condenatoria por haberla desflorado y violentado; y lo mismo procede en el que se dió al hijo por la injuria que se le hizo: pues los respetos del padre en nada contribuyeron á ello.

2207 Tampoco está obligada á colacionar con sus hermanos la dote y donacion que algun estraño le dió ó le hizo para casarse, aunque éste la hubiese entregado à su padre para que la dotase. (Ley 6, tit. 15, Part. 6.)

2208 Lo propio se ha de decir de las dádivas ó regalos que algun pariente ó amo á quien sirvió, ú otro le hizo, y de los salarios que ganó, estando bajo la patria potestad ó fuera de ésta; pues todas las dichas cosas son adventicias, y solo toca á su padre el usufructo de ellas, mientras la tiene en su poder, por ser visto haberse donado por los méritos de la hija, ó por particular afecto que el donante le profesaba, escepto que este esprese lo contrario al tiempo de su donacion; á cuya consecuencia, si el padre ecsijió de su hija tales dádivas, salarios ó regalos, y se hallan en su poder al tiempo de su muerte, han de separarse del caudal de su padre, y se le han de entregar como bienes suyos; y no hallándose se le dará su importe, del que nada deben participar los hermanos. (Ley 5, tít. 15, part. 6.)

2209 No está obligado el hijo á colacionar los gastos de comida, re-

fresco, regalo al cura que le casó, ni otros que por convite ó lucimiento y honor ó celebridad de su boda ó misa nueva hacen sus padres.

Lo primero, porque los hacen los mismos padres de su propia voluntad por esplendor, fausto y vanidad, y no son necesarios para la perfeccion y validacion del matrimonio, antes si voluntarios y supérfluos.

Lo segundo porque ninguna ley manda que se colacionen.

Lo tercero porque de dichos gastos nada percibe el hijo, ni por consiguiente se le sigue la mas leve utilidad de ellos; fuera de que no tiene facultad ni para impedirlos, ni para compeler á su padre á que los haga si lo resiste, por hallarse bajo su poder.

2210 Lo espuesto procede aunque el hijo tenga bienes propios de que se puedan hacer, pues no obstante esto se conceptúa hacerlos su padre de los suyos, porque ceden en su honor; bien que poseyéndolos su padre, si este no quiere hacerlos de los suyos, se entenderán hechos de los adventicios del hijo; pero deberá espresarlo para evitar dudas, y porque de lo contrario se juzgaràn espendidos de su propio caudal.

2211 Emancipando el padre á su hijo y dándole al mismo tiempo algun fundo ú otra cosa, no está obligado á colacionarlo, y antes bien se entiende mejorado en él en cuanto no esceda del tercio ni quinto, pues si escediere, se estimará el esceso parte de legítima (ley 26 de Toro); escepto que al tiempo de la donacion esprese que se lo da en parte de aquella, porque despues no puede imponer gravámen ni condicion.

2212 No debe colacionar el hijo los gastos que su padre hizo con él en los estudios (leyes 3, tit. 4, Part. 5; y 5, tit. 15, Part. 6), aunque esto ha de entenderse de los hechos en enseñarle la gramática y otras cosas ó artes, y sin cuya pericia no puede vivir cómoda ni decentemente segun la condicion de su persona, porque estos se comprenden en los alimentos necesarios que tiene obligacion su padre de suministrarle, y como tales estan esentos del gravámen de colacion; pues cuando los alimentos se deben por derecho natural ó de sangre, se incluyen en ellos la enseñanza ó disciplina y los gastos que se ofrecen en ella, lo cual no sucede cuando se deben por disposicion de alguna persona, sino es que lo mande.

2213 Esta doctrina padece tres limitaciones:

La primera es cuando el padre tiene y administra bienes propios de su hijo, sean adventicios, castrenses, cuasi castrenses ó de cualquiera otra clase, porque entonces es visto espender de ellos los gastos espresados y no de los suyos propios, si no espresa lo contrario, y asi estos menos tendrá que percibir de su valor el hijo, como se ha sentado.

2214 La segunda limitacion es, cuando espresa ó tácitamente quiso el padre ó madre que dichos gastos se imputasen al hijo en cuenta de su legítima: espresamente, v. gr, si lo protesta y consta de ello en los términos que se dirá en el núm. 2218; y tácitamente, cuando por conjeturas se infiere de su voluntad, como por tenerlos sentados en el libro de cuenta y razon de sus deudores; pues no basta que lo esten únicamente en el de cuenta de gastos, porque esto solo sirve para saber lo que espende, y no para que se infiera de ello que quiso se imputasen al hijo en legítima.

2215 Pero si los padres son ricos, el hijo pobre y los gastos cortos, no se le imputarán tampoco en aquella sin embargo de la protesta, ni

ésta surtirá efecto, porque se comprenden, como se ha dicho en los alimentos y crianza que como buenos padres deben darle por derecho natural y de sangre.

2216 La tercera limitacion es, cuando resulta entre los hijos gran desigualdad, que puede llamarse así en el caso de que lo gastado con el estudiante esceda á la legítima y mejora, atendido el valor de los bienes de su padre al tiempo de su muerte, junto con el importe de lo que espendió con él; ó cuando el hijo no aprovechó en el estudio, puesto que no se consiguió el fin para que lo espendió su padre; ó cuando empleó en vicios y en adquirir malos hábitos lo que éste le dió, pues por dichas razones es visto haber querido que se le imputase en su legítima.

2217 Pero es de tener presente que en estos casos, mediante á estár obligado el padre á mantenerle mientras se halle en su poder, cuando no tiene de suyo, se le cargará solamente el esceso á lo que gastaria con él manteniéndole en su casa segun su calidad y haberes, como en darle de comer, vestir, calzar, medicinas y todas las demas cosas concernientes á los alimentos, pues éstas no se le deben imputar, tenga ó no el hijo bienes propios, porque el padre debe darle todo lo espresado, conservarle la propiedad de los adventicios pudiendo, y aprovecharse de sus frutos que le concede el derecho. En la regulacion de los alimentos se debe proceder con justicia y equidad, y no estrictamente con mezquindad y miseria, teniendo en consideracion los haberes y calidad del donante, y el estilo del país.

2218 Asimismo se ha de tener presente que la protesta del padre mencionada en el núm. 2214 debe hacerse al tiempo que envía su hijo á estudiar, para que sean colacionables los gastos que hace con él, porque de lo contrario se contempla la donacion pura, en la cual solo al hacerla puede imponer gravámen y condicion, debiendo esto entenderse cuando la donacion se hizo al hijo emancipado ó habido por tal, porque entonces fué incontinenti válida é irrevocable; y no si se hiciere al hijo que se halla bajo la pàtria potestad, pues como no vale y el padre puede revocarla hasta su muerte, podrà tambien declarar su voluntad y mandarle en cualquier tiempo que la colacione.

2119 Tocante á los libros que el padre da á su hijo para estudiar, esté ó no bajo su poder, no habiendo aquel manifestado su voluntad sobre si han de colacionarse, es preciso distinguir: si el hijo es abogado, juez ó doctor, que ejerce algun oficio público, no los colacionará, porque se conceptúan ó son cuasi castrenses; y así como las armas y demas cosas castrenses no se colacionan (leyes 3, tít. 4, Part. 5; y 5, tít. 15, Part. 6.), asi tampoco los libros dados en la forma y para el fin espuesto, porque se equiparan á las armas: si el hijo no ejerce oficio público de enseñanza, se ha de distinguir tambien; ó los libros son necesarios para aprender la ciencia que estudia, ó no; si lo son, no los colacionará (ley 5, título 15, Part. 6 y su glosa), y si no lo son y se los dona solamente para leer, tendrá obligacion de colacionarlos, por cesar las razones espresadas, y porque no se pueden llamar cuasi castren ses.

2220 Pero lo mas seguro para evitar disputas es, que así los libros como los gastos de estudios mayores y demas donacio nes que no hay precision de hacer, se imputen al hijo en cuenta de la mejora de tercio y quinto, bajado lo que espenderia con él su padre en su casa en

los precisos alimentos; y si esceden á la mejora, que se le cuente el esceso en parte de legítima.

2221 De los libros debe colacionarse el valor que tengan al tiempo de la muerte del padre ó madre donante, ó al de la colacion, no al de su entrega, y de ningun modo los mismos libros, para que no se cause detrimento al hijo, por la particular aficion y memoria local que tiene en ellos con motivo de la costumbre de registrarlos.

2222 No debe colacionar el hijo su peculio cuasi castrense, que es lo que gana por el salario de administrador ú otro oficio público, ó por ser juez, abogado, escribano, procurador, médico, maestro de gramática ó de alguna ciencia, ó por tener otro empleo semejante. (Ley 5, tit. 15, Part. 6.)

2223 Lo propio milita en lo que lucra el clérigo por razon de la iglesia ó por otro medio adventicio, esté ó no ordenado de órden sacro, si goza del privilegio del fuero, porque sin embargo de que dicha órden no le ecsime de la pátria potestad como al obispo la dignidad episcopal, todo cuanto adquiere se reputa cuasi castrense, lo hace suyo, y como tal no debe llevarlo á colacion. (Leyes 2 y 3, tit. 21, Part. 1.)

2224 Tampoco debe colacionar el hijo lo que su padre espendió en proporcionarle algun honor inalienable y no trasmisible á sus herederos, ó alguna dignidad ú oficio público por el que se perciba anualmente alguna renta ó comodidad, pues se equipara al peculio y bienes castrenses; pero si fuere vendible ó trasmisible á los herederos, deberá colacionarlo, si el testador no manda lo contrario.

2225 Lo mismo procede por la propia razon en los gastos hechos para condecorarle con el grado de doctor ó licenciado; bien que si el padre tiene en su poder bienes adventicios del hijo, se entiende hacerlos de estos y no de los suyos propios, á menos que disponga otra cosa.

2226 Pero los gastos que el padre hace en condecorar á su hijo con el hábito de alguna de las cuatro órdenes militares ú otra, deben colacionarse, á no ser que le ecsima de ello.

2227 No se debe imputar al hijo en su legítima ni de consiguiente debe colacionar lo que su padre ó madre espendieron por redimirle de cautiverio, pues es visto haberlo espendido liberalmente movidos de piedad y del afecto que le profesaban como padres, y no con ánimo de repetirlo ni de que despues de su muerte se le precisase á su colacion, de suerte que se entiende mejorado en su importe.

2228 Asimismo no debe colacionar lo que su padre pagó voluntariamente por la pena en que se le condenó por algun delito, pues tambien es visto haberlo hecho por piedad, escepto que su padre mande que se le impute, ó que por protesta ó conjeturas se pruebe que quiso lo colacionase, ó que sea cantidad considerable, por la que se graven las legítimas de los demas hijos.

2229 Pero si lo pagó por necesidad, como por estar obligado á ello por la ley, ó por ser fiador del mismo hijo con beneplácito de este, ó por otra causa semejante, deberá traerlo à colacion, porque no se presume habérselo donado si no lo espresa, y si tenia bienes del hijo en su poder, se cree haberlos satisfecho de estos.

2230 No están obligados el hijo ni la hija á colacionar con sus

hermanos las pensiones, encomiendas, renta vitalicia y demas donaciones que el rey ó reina les hubiesen hecho, haya sido ó no criado suyo el padre, aun cuando fuese por los méritos y servicios de éste y á ruego ó suplica suya, y aun cuando por su real permiso y gracia especial pasen á los hijos y descendientes del concesionario.

2231 Lo propio milita en los réditos ó rentas anuales, v. gr., juros, que el mismo padre trasfiere con real licencia en su hijo ó hija; pues todas estas donaciones se reputan cuasi castrenses, y como tales pertenecen en propiedad y usufructo al donatario ó concesionario.

2232 No tiene obligacion el hijo de colacionar con sus hermanos los bienes adventicios que consta haber adquirido con su mera industria y trabajo personal, v. gr., sirviendo á otro por su salario, aunque sea con voluntad de su padre, ó por dádivas que le hicieron, esté ó no en su poder. (Ley 5, tit. 15, Part. 6.)

2233 El hijo á quien por sus méritos hizo alguna donacion su padre ó madre, no está obligado á colacionarla, siempre que sean condignos y equivalentes á ella, ó tales que no pueden estimarse ni pagarse con dinero; porque se conceptúa lo donado de la clase de bienes adventicios, los cuales no se colacionan, y mas se considera remuneracion y paga de deuda (si es que por ella podia ser reconvenido judicialmente el donante) que donacion, y de consiguiente como hecha á estraño; pues no basta que sean méritos de obsequio, porque à estos se halla obligado, y por lo mismo no pueden reputarse tales; si bien para evitar la duda de si la donacion es ó no remuneratoria, y de si los servicios del hijo son de obsequio ó no, se tendrá la donacion por mejora en cuanto quepa en el tercio y quinto.

2234 Pero el hijo debe justificar los méritos, por no ser suficiente la confesion de su padre ó madre aunque sea jurada; porque se trata del perjuicio de los demas hijos, à quienes no deben gravar en sus legítimas: bien que en este caso valdrá la confesion como simple donacion en todo aquello de que los padres pueden disponer, salvo la legítima de los otros hijos, en lo cual no se revocará por la ingratitud del hijo ni por el nacimiento de otros.

SECCION IV.

De cuántos modos puede hacerse la colacion.

2235 La colacion se puede hacer de varios modos:

El primero es por *manifestacion*, á saber: trayendo y manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si ecsiste y puede colacionarla.

El segundo por *liberacion*, que es cuando lo colacionable se le prometió y no entregó.

El tercero por *imputacion*, que es imputándole en su haber y percibiendo de la herencia tanto menos cuanto importe lo que tenga recibido y no puede manifestar, por no ecsistir ó por carecer de facultad para su manifestacion, como sucede en la dote, de que está posesionado el marido, pues su muger se halla imposibilitada de practicarlo; y este es el modo que mas se usa.

2236 Tocante al precio ó valor por que se deben colacionar los bienes que donó ó dió en dote el ascendiente á sus descendientes, ecsistan aquellos ó no, para la mas perfecta inteligencia y evitar dudas es preciso distinguir no solo de bienes, sino de casos, como se va á esponer.

2237 Si una finca ó fundo dado en dote ó capital se hizo de mas valor solamente con el tiempo y no por industria ni trabajo del donatario, y cuando éste lo recibió no fue apreciado, ó si se apreció no causó venta la estima que se le dió, lo ha de colacionar por el que se le dé entonces; y al contrario, si con el mismo tiempo, y no por dolo ni culpa suya, se hubiere deteriorado y disminuido su valor, lo colacionará tambien por el intrínseco que tenga al hacerse la colacion; pues quien está á la utilidad debe estar à la pérdida, y de colacionarlo en la forma espuesta no resulta desigualdad ni se causa perjuicio á los herederos, porque la hija puede pedir el aumento de su legítima cuando su padre muera, si los bienes que dejó lo tuvieron, como que para regular el valor de ésta se debe atender al tiempo de su muerte; y asi como puede pedirlo si se aumentaron con el tiempo, asi es justo tambien que colacione en cuenta de su legítima el mayor valor del fundo adquirido solo con el tiempo que es valor intrínseco. Y si por el contrario se disminuyese este y se aumentasen los bienes de su padre, léjos de perjudicársele quedará beneficiada en colacionarlo por el precio que se le dé.

2238 Lo mismo procede en el hijo à quien el padre donó en cuenta de su legítima algun fundo ó cosa raiz no apreciada, cuyo valor intrínseco se aumenta ó disminuye solo con el tiempo.

2239 Si se le dió el fundo apreciado con estimacion que causó venta, aunque ninguna ley prescribe en qué términos se ha de colacionar, y algunos autores dicen que siempre se juzga dado con la condicion de colacionarlo al tiempo de la muerte del donante, por lo que siendo condicional la estimacion no causa venta; sin embargo, siguiendo lo que ordenan las leyes que tratan de la restitucion de la dote que debe hacer el marido, y el dictámen de los que tocaron madura y juciosamente el punto, diré que debe colacionarlo por el valor en que se estimó cuando lo recibió, si entonces no se pactó otra cosa.

En primer lugar, porque por el hecho de haberse valuado es visto habérsele dado el precio consignado en él, y capitulado entre los contrayentes que habia de colacionar su estimacion, por haber recibido esta en cuenta de su legítima, y no el fundo, y que por lo mismo el peligro que hubiese en éste, habia de pertenecer al donatario ó dotada y no á su padre, del mismo modo que el incremento de su valor, si le tuviese.

Y en segundo lugar, porque se le trasfirió su dominio.

Ademas, asi como cuando por la tasa se dá en pago al acreedor algun fundo de su deudor, se le transfiere su dominio, y el incremento ó decremento que despues tenga pertenece á aquel, y cuando no vale al principio la donacion que el padre hace á su hijo, pertenece á éste el aumento ó diminucion de la cosa donada, si se confirma la donacion con la muerte de su padre; asi tambien por la propia razon debe pertenecer al hijo ó hija, el del que se le dona ó dá estimado en dote, porque su padre se lo anticipa en pago de su legítima.

2240 Pero si el fundo llegó á tener mas valor por la mera industria y trabajo del hijo ó hija, como si estaba erial y despues que lo recibió lo plantó de viñas ú olivos; entonces, si se lo dió estimado, colacionará la estimacion que tenia al tiempo que su padre se lo donó, y no el fundo; y si inestimado, colacionará el mismo fundo por el precio que sin el beneficio que tenga se le dé, y no el importe de éste.

2241 Siendo muebles ó semovientes los bienes, ó de los que consisten en número, peso ó medida, si se apreciaron al tiempo de su entrega, es visto haberse dado su estimacion y no los mismos bienes al donatario, por lo cual debe colacionar su importe é inventariarse, aunque si ecsisten al tiempo de la colacion en el mismo estado que los recibió, valgan menos; porque quien está à la utilidad, debe estar á la pérdida, y respecto habérsele transferido su dominio es de su cuenta el incremento ó decremento que padezcan; y si no se apreciaron, los colacionarà por el valor que, según se hallen, se les dé al tiempo de la particion; porque en este caso se presume ser del difunto y ecsistir en su herencia por no haber traspasado su dominio al donatario, en cuya atencion se han de valuar como tales del mismo modo que los demas de la herencia. Todo lo espuesto es lo que se debe observar.

2242 Si los bienes dados en dote ó donados sin aprecio perecieron despues de la muerte del donante sin dolo ni culpa del donatario, no deben estimarse porque no pertenecen á la colacion, mediante á que por la obligacion de colacionarlos se entiende haber ecsistido en poder del padre, y que incontinenti que falleció empezaron á ser comunes de la herencia, por lo cual es justo que perezcan para ésta y no se colacionen.

Si perecen por culpa ó dolo del hijo ó hija despues de muerto su padre, estarán obligados á colacionarlos como si no hubieran perecido, por el valor que tenian cuando los recibieron, en cuya atencion si el hijo por su irregular conducta y falta de sindéresis consume la legítima que su padre le dió, no le compete el mas leve recurso contra los bienes de éste.

Si dichos bienes no estimados perecieron en vida del padre sin dolo ni culpa del hijo ó hija, no los colacionarán estos, ni dejarán por eso de ser admitidos á la herencia igualmente que los demas herederos; porque si cuando son comunes de esta por la colacion, no le pertenecen, con mayor motivo no le pertenecerán cuando perecieron y se consumieron en vida del padre, en cuyo tiempo eran del hijo y no podian llegar á ser de la misma herencia, de modo que se entenderá mejorado en ellos, ó que no los hubo.

TITULO XXXI.

De la division de la herencia.

2243 Conclusos legítimamente el inventario y tasacion de todos los bienes y efectos del que murió con testamento ó abintestato, si su viuda ó alguno de sus herederos no los impugnan por ocultacion de algunos, lesion en su valuacion ú otro motivo en uso del traslado que se les debe dar de él si no lo presenciaron (pues habiendo estado presentes es ocioso comunicárselo, puesto que pueden pedirle, y no haciéndolo es visto aprobarlo) se sigue su particion, la cual se introdujo, para que sabiendo cada uno cuáles son suyos, se apodere y disponga de ellos á su arbitrio como dueño propietario, y se eviten las discordias que se originan de estar los bienes pro indiviso; pues ninguno puede ser compelido á tener contra su voluntad comunion de bienes con otro (ley 1, tít. 10, Part. 5), ni vale el pacto de subsistir siempre en ella, ni tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador, porque la perpétua está prohibida por derecho, y nadie puede hacer que las leyes tengan lugar contra su testamento.

SECCION I.

Qué sea division, quiénes pueden pedirla, y dentro de que término.

2244 La division ó particion, generalmente entendida, es *un repartimiento que los hombres hacen entre sí de las cosas que les corresponden en comun por haberlas heredado ó por otra razon.* (Ley 1, título 15, Part. 6.)

2245 Pueden pedir la division todos y cada uno de los herederos ó sócios (Ley 2, tít. 15, Part., 6) siendo mayores de 25 años y capaces; pues por los menores, locos, fátuos, pródigos declarados y demas á quienes está prohibida la administracion de sus bienes, la han de pedir sus curadores ó defensores, de los que se les debe proveer si no los tienen, y con los cuales, si lo pide otro coheredero mayor, se puede hacer, aunque ellos no la pretendan.

2246 Tambien puede pedirla el que pretende ser heredero ó tener parte en la herencia ó cosa comun, aunque nada le toque de ella, si la posee, y se hará sin perjuicio de su propiedad; pero no poseyéndola, si se le niega la cualidad de partícipe ó coheredero, no se hará con él la division, sin embargo de que la solicite y tenga parte en la herencia, porque el juicio divisorio tiene lugar solamente entre los que califican ser herederos ó partícipes en los bienes que se han

de dividir por lo cual ante todas cosas debe pretender en via ordinaria se declare ser uno de aquellos, y conseguido esto en juicio contradictorio con los demas, será admitido en el divisorio.

2247 Estando ausentes uno ó mas de los herederos instituidos, pueden pedir la particion los presentes; pero el juez debe comunicar à aquellos traslado de la pretension de éstos con término competente para que espongan acerca de ella lo que les convenga, porque se trata de su interés, ó mandar á todos que nombren partidores; y no ha de proceder en la causa hasta que se le cite, porque toca á su oficio sustanciar el proceso con la formalidad legal, en cuya atencion le ha de proveer de defensor con quien se sustanciarán la particion y sus incidentes; bien que ha de constar por informacion no solo su ausencia, sino asimismo que no se espera pronto su regreso, ni es fácil que venga ni envie poder à quien haga sus veces por la distancia (ley 12, tít. 2, Part. 3); pues sabiéndose su paradero fijo y pudiéndose citarle por requisitoria, se debe espedir á este efecto.

2248 No haciendo mencion del heredero ausente los presentes porque le contemplan muerto ó por otra causa, si la particion se hace sin el ausente ni defensor en su nombre, no vale en cuanto á él ni de consiguiente le perjudica; pero valdrá respecto à los presentes que consintieron en ella, quienes cumplirán con dar al ausente, cuando parezca, la parte que le corresponde y todos tienen pro indiviso (Ley 17 citada.)

2249 La accion para pedir la division de herencia es mista de real y personal. Se llama real, porque intentándola el heredero, trata de cosa suya cómo el que reivindica; y personal, por razon de las obligaciones personales que un heredero suele contraer á favor de otro, esto es, de las contribuciones personales que ecsigen con nombre de *lucro*, *daño ó espensas*: de lucro, como si uno de los herederos percibe alguna cosa de la masa comun, pues debe participarla à los demas: de daño, como si por culpa ó negligencia de un heredero sobreviene alguno á las cosas hereditarias, porque debe resarcirse á los demas proporcionalmente; y de espensas, como si uno de los herederos hace algunas en los bienes de la herencia que debia hacer por su parte, pues se las deben reintegrar los otros á prorata.

2250 Por 30 años se prescribe la accion de pedir la particion contra el coheredero que posée la herencia, á causa de ser mista de real y personal, aunque por estar los coherederos ó sócios mas de los 30 ó 40 años en la posesion de las cosas hereditarias ó comunes no tiene lugar dicha prescripcion; ya porque no puede inducir la prescripcion un acto voluntario, cual es haber permanecido voluntariamente todos y cada uno en la comunion; y ya porque por el hecho de poseer en comun parece que cada uno defiende su derecho, y no se le puede imputar negligencia, que es una de las causas inductivas de la prescripcion.

2251 Mas para que la particion se entienda hecha entre mayores no se requiere el transcurso de 30 años, y asi si los hermanos despues de la muerte de su padre viven separados 10 años estando presentes, y 20 estando ausentes, se presume hecha la division de la herencia paterna. Lo propio milita cuando los herederos ó sócios callaron en di-

cho tiempo, y principalmente si poseyeron las cosas de la herencia ó sociedad, pues la posesion y su taciturnidad inducen la misma presuncion, que hace que tenga quien pide la division, la obligacion de probar que no se hizo, sin embargo de que por ser cosa de hecho no se presume y debe probarla el que alega estar hecha.

2252 Si alguno de los herederos antes de hacerse la particion vendiere á un estraño la parte que le puede caber en la herencia, se ha de adjudicar al comprador, quien intervendrá en el juicio divisorio como si fuera uno de los instituidos, pues por la venta se trasfieren en él todas las acciones útiles que competian al coheredero vendedor ó contra él.

2253 Pero los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes inmuebles ó raices, porque son partícipes y comuneros (leyes 10, 13 y 24, título 2.º, lib. 5; 6, 7 y 8, tít. 13, lib. 10; y 7, tít. 5, lib. 9, Novísima Recopilacion): lo mismo se ha de decir, aunque todos los bienes de la herencia sean muebles (ley 55, tít. 15, Part. 6), de las acciones y derechos vendidos con las cosas, bienes y semovientes, no habiendo en ella otros bienes; de la comodidad del usufructo por razon de la comunion, (Greg. Lop. dicha ley 55 glos. 2 al fin.) y tambien del heredero del censo perpétuo, porque se reputa inmueble. (Palac. Rub. ley 70 de Toro núm. 22; Castill. en la 74, *verb. parte en ella.*)

SECCION II.

De qué cosas puede hacerse la division: ante qué juez debe pedirse, y cómo debe proceder en ella.

2254 De todas las cosas propias del difunto en que tengan parte sus herederos, y sobre que está permitido celebrar contratos, se puede hacer regularmente la division; pero si entre ellas hubiere escritos ó libros reprobados, yerbas ú otros simples ponzoñosos, se deben quemar y no partir; y si tiene algunas robadas ó mal adquiridas, tampoco se han de dividir sino restituir á sus dueños (ley 7, título 15, Partida 6). Asimismo, si alguno de los herederos dice que son suyas ciertas cosas que señala, no se deben incluir en el juicio divisorio.

2255 Tocante á los papeles de la herencia, sean honoríficos ó títulos de sus fincas, ú otros, si los herederos son muchos, deben estar en poder de quien tuviere mayor parte en ella, que ha de dar traslado de ellos á los demas siempre que lo pidan; si fueren iguales en el haber, ha de tenerlos el mas honrado, mas anciano y de mejor fama, escepto que sea muger, pues aunque esté adornada de estas cualidades no se le han de entregar; y si fueren iguales en partes, honra y lo demas, han de echar suertes, y no queriendo echarlas, se depositarán en lugar seguro (ley 7, tít. 15, Part. 6); pero si el testador manda que uno de los herederos nombrados los tenga, debe tenerlos, sea el mayor ó el menor, dando traslado de ellos ante todo á los coherederos á costa de la herencia, y obligándose á manifestárselos siempre que los necesiten y lo pidan, porque tocan á todos (ley 8, dicho tít. y Part.); bien que lo espuesto debe entenderse cuando una finca de la herencia se divide en-

tre todos ó algunos de los herederos, ó cuando en un instrumento, v. gr. de compra estan inclusas muchas, en cuyos casos se observan las citadas leyes, poniendo así en el original como en los traslados las notas competentes; mas no cuando de cada finca hay títulos separados, pues entonces se entregan al heredero á quien se aplica, que es lo que se debe practicar.

2256 Se ha de pedir la division de la herencia ante el juez de los herederos ó ante aquel en cuyo territorio estan sitos los bienes de ella (leyes 32, tít. 4, Part. 3; y fin. tít. 9, Part. 6); y hallándose en diversos territorios, se ha de solicitar ante el juez de aquel en que esté la mayor parte, y pedirle término para aconsejarse. (Ley 1, tít. 6, Partida 6.)

2257 Si los herederos de lego fuesen clérigos ó religiosos que pueden poseer bienes en comun, se ha de pedir ante el eclesiástico; y si fuesen clérigo y lego juntamente, se ha de distinguir; pues pidiendo la particion el clérigo, debe acudir al juez lego, por la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo; y pidiéndola el lego, ha de ser por la misma regla ante el juez eclesiástico, asi como el clérigo heredero del lego debe de ser reconvenido ante el eclesiástico cuando no se principió el pleito con su causante difunto (Covar. *Pract.*, cap. 8, número 4, vers. *cuarta conclusion*); bien que el juez del inventario deberá conocer en todos casos de la particion como conecsa con él, segun se practica.

2258 Pero si fuere heredero de clérigo el lego, como se hacen de éste los bienes por la adicion ó aceptacion de la herencia, se ha de pedir la division ante el juez secular; de lo cual se deduce que si el testador clérigo rogare al fiduciario que restituya su herencia al incapaz por derecho de obtenerla como indigno, y el fiduciario fuere lego, se ha de aplicar al fisco; y si fuese presbítero, á la iglesia. (Greg. Lop., ley 13, tit. 7, Part. 6, glos. penúlt., vers. *Quod autem.*)

2259 En todos los juicios debe el juez oir á los interesados en vía ordinaria, escepto en los casos de alimentos y otros que traen los autores; y no estando comprendido en ellos el de division, ni siendo de poco momento ni de los que admiten dilacion, por seguirse perjuicio de ella, parece que debe proceder en dicha vía admitiendo todas las escepciones que los interesados opongan.

2260 Mas no obstante se debe distinguir. Si el sugeto à quien se manda ó pide que haga particion de la herencia ó cosa comun, niega al que lo pretende la cualidad de heredero ó comunero, y por consiguiente que tenga derecho á la herencia ó cosa, se ha de proceder en via ordinaria; si bien no se tratará del juicio divisorio hasta que se le declare heredero ó sócio, y declarado ó concluido este juicio, se incoará ó no aquel, segun sea la declaracion. Y si el demandado confiesa al demandante la espresada cualidad, debe proceder sumariamente el juez, mandando á todos los partícipes nombren partidores que evacúen la particion, para lo cual ha de señalarles tiempo y lugar; y que no compareciendo alguno de los nombrados, la hagan los que asistan, con apercibimiento á los interesados que los nombraron, de que valdrá lo que practiquen los concurrentes y les parará el mismo perjuicio que si los suyos estuvieren presentes.

2261 Este es el estilo de muchos pueblos: pero la práctica de esta corte es «hacer saber el nombramiento á los peritos, quienes aceptan el encargo obligándose bajo de juramento á evacuarlo bien y fielmente segun su inteligencia y sin causar agravio á los interesados,» como lo manda la ley 51, tít. 5, libro 5, Recop.; ó 2, tít. 21, lib. 10, Novís. Recopilacion; y luego se le pasan los autos de inventario y demas papeles concernientes al asunto, se juntan en casa del mas antiguo, conferencian, acuerdan y resuelven cómo se ha de hacer; la evacua el moderno, y hecha en borrador la pasa al otro, y no estando conforme, se arregla, se pone en limpio y se presenta al juez, quien comunica traslado de ella á los interesados, y aprobándola éstos, la aprueba y se da á cada uno el testimonio de su adjudicacion y haber, con insercion de las suposiciones, declaraciones, bienes que se le aplicaron y sentencia de aprobacion; y finalmente, si dicen de agravios, los oye en via ordinaria, segun sean.

2262 Tambien debe proceder sumariamente el juez cuando alguno de los interesados, temiendo que se le aplique la cosa que esta tasada en mucho mas de lo que vale, ó sabiendo que se valuó en mucho menos para aplicarla al coheredero; le pide deshaga el agravio reduciéndola por sí á lo justo, ó mandando se vuelva á tasar por nuevos peritos que elijan (pues no debe admitir escepciones dilatorias ó maliciosas, sino deferir à lo solicitado atendida la verdad), porque este incidente no perjudica al negocio principal. De esta manera se espide con mas equidad y prontitud el artículo de tasacion. (Ley 10, tit. 15, Partida 6; Ayor. cap. 5 cit., núm. 6.)

2263 Lo mismo procede en otros incidentes semejantes, como en la recusacion de los partidores despues que principiaron á entender en el negocio, ó como cuando algun interesado alega que ciertos bienes son suyos y pide al juez mande no se le incluyan en el inventario, pues acreditándolo sumariamente, debe condescender á la pretension. Pero si hubiese grande duda, ó se requiriese mas escrupuloso ecsámen é indagacion, se reservará para oir à los interesados en via ordinaria.

2264 En estos artículos ó incidentes, como que no causan perjuicio irreparable, no debe admitir apelacion de su auto por ser frívola y dilatoria (leyes 130, tit. 23, Part. 3; 10, tit. 7, lib. 2; 3 y 6, tit. 18, lib. 4, Recop.; ó 9, tit. 12, lib. 5; 1 y 23 y 22, tit. 20, lib. 11, Novísima Recopilacion, Ayor. cap. 5 cit., núms. 8 y 9), y para evitar que por su admision se eternice el juicio divisorio.

SECCION III.

De los partidores y sus facultades.

2265 Ventilados y decididos los referidos incidentes, si los hubiere, deben los interesados elegir partidores que dividan entre ellos la herencia.

2266 Estos deben ser diversos de los tasadores ó apreciadores de bienes, y muy inteligentes no solo en cuentas, sino tambien en los puntos de derecho, de que, por ser lo mas árduo y dificil, procuraré instruir à los legos cuanto me sea posible, por si no tienen quien les disuelva sus dudas; pues no concurriendo en ellos ambas circunstancias, será

un absurdo cuanto hagan, se fomentarán por su impericia costosos pleitos, y originarán imponderables perjuicios á los interesados; por cuya razon en esta córte solo los abogados pueden hacer particiones judiciales segun el auto del consejo de 11 de abril de 1768. Asimismo deben jurar al modo que los jueces árbitros y tasadores ante el escribano originario ó de diligencias de la testamentaría, segun se practica.

2267 Todas las personas á quienes se permite por derecho comparecer en juicio, tratar y contratar, pueden ser nombradas para hacer particiones, porque este acto no es judicial sino estrajudicial, bien que su parecer se ha de presentar al juez para que lo apruebe y mande cumplir siendo arreglado. Asi que, el menor de 25 años, si tiene 18 podrá ser partidor, puesto que no teniendo curador puede contratar por sí, ser procurador en negocios estrajudiciales, y asimismo ejercer jurisdiccion delegada. (Ley 3, tit. 9, lib. 3, Recop.; ó 3, tit. 1, lib. 11, Novís. Recop.) Lo propio decimos del infame por derecho (Ayor. cap. 4 cit., núm. 3) en cuanto á ser partidor.

2268 No pueden ser compelidos estos partidores á aceptar el encargo de tales; pero una vez aceptado, los puede apremiar el juez à que lo evacuen. (Ayor. núm. 4.)

2269 Tampoco pueden recusarlos los interesados que los nombraron sino por justa causa superveniente, probada ante el juez ordinario ó superior del recusado, pues no basta el juramento solo de tenerlos por sospechosos (Ayor. núm. 14); pero siendo nombrados por el juez de motu propio, se les puede recusar como á éste con dicho juramento, sin necesidad de espresar ni justificar causa; y admitida en ambos casos la recusacion enteramente, se les removerá del conocimiento del negocio, nombrándose otros en su lugar (Ayor. núm. 15), como se practica.

2270 Las causas porque pueden conceptuarse sospechosos y ser recusados: son una grande enemistad ó motivo para tenerla, nacidos despues del nombramiento entre el nominado y el nominador; el haber contraido afinidad contra él con el contrario, ó sucedido en su herencia; el haber sido ordenado de órden sàcro, desterrado ó preso por delito; el haber enfermado ó ausentàdose por largo tiempo, y otras á arbitrio del juez docto y prudente. (Ayor. núm. 16.)

2271 Como el juicio de la division depende del justo y arreglado arbitrio del juez segun la ley 10, tit. 15, Part. 6, cuyas son estas palabras: «Poderío ha el juez ante quien pidieren la particion los herederos, de la mandar facer en la manera que él entendiere que será mas guisada (*justa ó arreglada*), é mas à pro dellos;» si los partidores nombrados por los interesados discuerdan, podrán nombrar de oficio tercero en discordia, segun ha parecido conveniente y se observa en esta córte para evitar las contiendas y discordias que podrian suscitarse entre ellos acerca del nombramiento; y aunque se conformen dos de los tres, no se deja de comunicar traslado á los interesados para que aprueben la particion ó digan de agravios, del mismo modo que si el tercero no hubiese sido nombrado, y se les oye en via ordinaria, porque el juez no puede proceder sumariamente sino en los casos espresos en derecho, y el tercero no es mas que un perito como los demas. Y una vez propuestos los agravios, no debe aprobarlos, ya

se conformen dos de los tres, ya discuerden todos formando cada uno su particion, porque no la hay hasta oir plenamente à los interesados; y con vista de las probanzas que hagan, si los agravios consisten en hecho, y de los fundamentos que aleguen, dará su sentencia, de la cual podràn apelar en el término de los cinco dias de la ley, ó consentirla.

2272 Quedando la muger viuda y sin hijos, é instituyendo su marido por herederos, v. gr. à dos ó mas hermanos suyos, ó á dos hermanos y dos sobrinos hijos de otro hermano, se han de nombrar dos partidores solos, el uno por los hermanos y sobrinos del difunto, y el otro por la viuda, porque todos los herederos representan á su instituidor, y pretenden una misma cosa, que es la herencia, y aquella otro tanto como todos juntos de los bienes gananciales.

2273 Pero pagada la muger, si la parte de los herederos quedase sin distribuir y quisieren repartirla entre sí, nombrarà cada hermano su partidor, y los sobrinos otro solo; porque estos no representan mas que una persona que es la de su padre, y como que han de heredar por estirpe y no llevar todos mas que cada uno de sus tios que sucede por persona, porque lo mismo llevaría su padre si viviera, se estiman por un heredero: lo cual procede tambien en la sucesion abintestato (Ayor., part. 1, cap. 5, cit. núm. fin.) Y si en uno y otro caso quisieren conformarse en un solo partidor por evitar discordias y gastos, como se practica en esta córte y lo tiene mandado el consejo, pueden hacerlo, porque ninguna ley se lo prohibe.

2274 Como una cosa es liquidar el caudal partible y dar dictámen acerca de la cuota ó cantidad que toca á cada uno por sus derechos, lo cual se llama con propiedad *liquidacion*, y otra hacer pago de esta cuota con los bienes de la herencia, que es y se llama *distribucion, aplicacion* ó *adquisicion*; debemos decir que el juez puede á su arbitrio hacer las adjudicaciones à uno entera ó parcialmente, condenándole à que entregue en dinero al coheredero su parte, si la cosa no tiene cómoda division; pues la ley le autoriza para ello, por evitar entre los interesados disturbios que consuman la herencia; como tambien aplicar los demas bienes segun su valuacion, esten bien ó mal tasados (ley final, tit. 15, Part. 6; Ayor., part. 3, quæst. 5): porque el juicio divisorio no es para conocer de la justicia ó injusticia de la tasacion, ni el juez es perito en este arte, sino para liquidar el caudal partible y adjudicar los bienes de la herencia por los precios en que se hallen valuados; pues para lo primero es el juicio de inventario, en el cual antes de llegar á la division se han de proponer y deshacer los agravios que haya en las tasaciones, comunicándose á este fin los autos á los interesados, si quieren tomarlos, háyanlas presenciado ó no.

2275 Los partidores, segun parece, no pueden hacer las adjudicaciones por defecto de jurisdiccion para determinar, y solamente tiene facultad para dar su dictámen y esponerlo al juez para que determine; pero sin embargo de esto podràn hacer la adjudicacion de los bienes que no admiten cómoda division (Ayor. *quæst.* 5, cit.), y tambien la de los demas por sus precios; pues por el hecho de nombrarlos los interesados y de conformarse el juez con su nombramiento, es visto darles comision para todo.

2276 En órden á si los partidores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones, parece que sí, porque una vez que aceptaron el encargo lisa y llanamente, fué para todo y no para la mera liquidacion; pero se ha visto ejecutoria en contrario en el caso siguiente. Nombraron de conformidad ciertos herederos un partidor para que dividiese la herencia entre ellos. Liquidó el caudal y lo que tocaba á cada uno, y conociendo que eran de un génio díscolo, les instó á que se juntasen en su casa para hacer la aplicacion, con arreglo al inventario. Se resistieron diciéndole que se los adjudicase, mas lo reusó, haciéndoles presente que ignoraba qué bienes acomodaban á cada uno, y no queria que luego propalasen que habia procedido con pasion, ó dijesen de agravios de la adjudicacion y consumiesen la herencia. En vista de esta renuncia se quejaron al juez, quien oido el partidor, les mandó juntarse en su casa; y habiendo apelado de la providencia, la confirmó el tribunal.

2277 Aunque los jueces ordinario y delegado no pueden enmendar ni revocar su sentencia despues de dada y publicada, por estarles prohibido, á causa de haber usado de todas sus facultades y acabádose en aquel juicio su oficio, no sucede asi en los meros partidores, pues sea de oficio, ó á pedimento de cualquiera de los interesados, pueden enmendar el error que hayan padecido y reformar su parecer para evitar controversias, ya porque este no es sentencia, ya porque la comision que les dieron fué para evacuarla perfectamente por sí mismos, y aunque no lo hagan, espuesto asi en el nombramiento, se entiende tácitamente; pero la enmienda ha de ser antes que el juez apruebe la particion, pues una vez aprobada no se les permite, por haber espirado su oficio y facultades.

SECCION IV.

Reglas que deben observarse para hacer justificadamente la particion y adjudicaciones.

2278 Como en las particiones cada uno de los interesados quiere regularmente lo mejor, para que el partidor proceda justificadamente en las adjudicaciones, y por su impericia no se concilie el ódio de los herederos ó sócios, ni sea causa de discordias ni pleitos entre ellos, debe tener muy presentes catorce reglas ó advertencias.

2179 La primera es, que observe igualdad y proporcion asi en cuanto al número, cuota ó cantidad que corresponde á cada interesado, como en cuanto al valor y estimacion, cualidad, bondad de las cosas que le aplique; de modo que no dé á uno lo bueno y á otro lo malo, à uno lo redituable y fructífero, y à otro lo infructífero, sino á todos proporcionalmente, pudiendo ser de todas clases, y en cada una de bueno, mediano, ínfimo, fructífero, infructífero, asequible, dudoso, incobrable, mueble, raíz, semoviente, &c.; y si hay cosas ó géneros comerciables, guarde en ellos la misma proporcion, atendiendo à su buena, mediana é poca salida, y no precisamente á su valor, informándose á este fin de prácticos en su comercio, y dividiéndolos en tres clases, pues con los de mayor consumo se hace mejor negocio, porque se

compra y vende mas veces, y cuantas mas se emplea el dinero, mas se lucra. Y si agravia á los interesados y no son oidos en juicio contradictorio, debe el juez deshacer el agravio con su audiencia antes de aprobar la particion; pero si fueron oidos y condenados, y se confirmó la sentencia condenatoria, ó no apelaron de ella y se pasó en autoridad de cosa juzgada, deben observar en todo la particion, ya se haga estrajudicialmente por los interesados y se presente al juez para su aprobacion, ya judicialmente. (Ayor., part. 3, q. 6 y 7.)

2280 La segunda regla es, que si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los herederos ó interesados, sea por haberla comprado antes, ó por habérsele legado, donado, ó adquirídola por otro título, le prefiera el partidor à los coherederos en la adjudicacion de su total, pues debe ser asi por la mayor porcion que le toca; y si algunos tienen comunion en ella, debe ser preferido el que tenga mayor parte.

2281 La tercera es, que si los sócios ó herederos hicieren algunos pactos permitidos acerca de la division de la herencia ó bienes de la sociedad que contrajeron, los observe el partidor esactamente sin tergiversarlos ni alterarlos en todo ni en parte, mirando siempre á la utilidad comun de todos y no á la de uno solamente. Lo mismo practicará cuanto los cónyuges hubieren hecho en los contratos nupciales.

2282 La cuarta es, que si alguna cosa raiz de la herencia ó sociedad que tiene cómoda division, se reparte entre todos los interesados ó entre algunos, no les consigne el partidor sus porciones separadas, v. gr. una al principio, otra al medio y otra al fin, sino unidas en cuanto sea posible.

2283 La quinta es, que si alguno de los partícipes posee un fundo junto á otro de la herencia, ó parte de él, le aplique esta, pues debe ser preferido á los demas. Lo propio milita cuando el difunto dejó muchos fundos juntos, pues se han de aplicar unidos á cada uno los que le quepan.

2284 La sesta es, que si fuere indispensable dividir entre muchos un fundo comun en que todos hayan de tener servidumbre, no se adjudique à unos la de sus partes por las de los otros; pues ninguno de ellos está obligado á dar paso al otro para la suya, aunque no tenga entrada por otra parte, escepto que asi lo pacte espresamente, segun se ha de decir del vendedor respecto del comprador, sea rústico ó urbano el prédio.

2285 Mas esto no procede en no pudiendo hacerse la adjudicacion de otra suerte, como si tres hermanos poseen una cosa compuesta de tres solares, y á cada uno se aplica su solar porque asi lo quieren, y para usar del suyo el del superior, del mismo modo que cuando los poseía todos el padre comun, es preciso pasar por el del inferior, pues en este caso debe el partidor dejar reservada espresamente en las partes de todas las servidumbres para ellos, de modo que ninguno puede impedir al otro el tránsito, y lo tenga franco y espedito como si fuera único dueño y poseedor de todos tres.

2286 La sétima regla es, que aplique á cada interesado las cosas ó fundos íntegros y separados, para evitar su discordia por causa de la comunion; bien que á veces se ha de permitir á todos el uso comun

de alguna, si por algun motivo no se puede dividir, ni estimar ó apreciar de otro modo, ni los interesados quieren que se venda, como si dos de estos tienen dos casas antiguas y para entrar en ellas un portal del uso de ambas; pues no admitiendo éste cómoda division, no habrá lugar á su estimacion, porque uno de los dos, vendido el portal al otro, si le falta la entrada por él á la suya, se verá en la precision de venderla en bajo precio con grave perjuicio suyo: asi debe quedar indiviso el portal.

2287 La octava es, que en la division se entienda á lo mas cómodo y útil; es decir, que si la cosa no la admite cómoda, se aprecie, y cabiendo á uno de los partícipes se le aplique toda, y de lo contrario entregue en dinero el esceso; ó que no entregándole, si es raiz la cosa, se le adjudique imponiéndose censo reservativo sobre ella, y obligándose á pagar al consócio ó coheredero los correspondientes réditos hasta que lo redima, segun se practica para observar igualdad; pues seria cosa injusta que el uno se estuviese utilizando de los frutos ó producto de la parte del otro. Se dice no permitir la cosa cómoda division cuando por dividirse vale mucho menos y pierde la estimacion que unida tiene.

2288 La nona es, que la valuacion ó aprecio que se haga de la cosa que no admite cómoda division, sea de toda ella y no de la parte ó porcion que se asigne à cada partícipe separadamente, porque llegado el caso ó precision de venderse, mejor se vende à uno ó à muchos el todo que pedazo á pedazo; fuera de que unas partes por su calidad ó por otro motivo suelen ser mas útiles que las otras.

2289 Si la cosa se tasó íntegra, como el precio de ella fué con atencion á lo bueno, mediano é ínfimo, no se causa perjuicio; pues podria no haber quien tomase lo ínfimo y mediano, y no faltará comprador para el todo uno con otro; y si no se hubiera valuado asi, una el partidor todas las porciones y aplíquelas à uno, de suerte que en él quede toda la cosa por el total de su valor, y no cabiéndole observe lo esplicado en la regla anterior.

2290 La décima es, que no se venda la cosa mientras se pueda evitar; pues asi como cuando no admite cómoda division se puede vender, por el contrario, admitiéndola se ha de señalar en ella á cada partícipe su porcion, y no se le podrà compeler á recibir contra su voluntad el importe de su valor.

2291 La undécima es, que en la division entre el cónyuge y los herederos del difunto haga el partidor separacion de los bienes que conste llevaron á su matrimonio, ó heredaron durante este, ó retrajeron por derecho de sangre, ó trocaron por otros, ó compraron con su mismo dinero, ó con lo que produjeron los propios que vendieron para comprarlos, y si ecsisten se los aplique, y no al cónyuge ò consócio ni á sus herederos dándoles otros en su lugar; pues aunque durante la sociedad son comunes todos, y en todos y en cada cosa tienen todos el dominio pro indiviso para usufructuarlos; una vez que la particion debe hacerse con bondad, equidad y buena fé, ecsigen estas que cada uno goce y posea los que adquirieron sus causantes, ò se subrogaron en su lugar, ya porque conserva su dominio especial, y ya porque no tenga el sentimiento de ver que las lleva y disfruta un estraño; y lo mismo debe

hacer el partidor con los muebles del uso privativo del cònyuge y de los herederos por la propia razon.

2292 Si las cosas mismas que uno de los cònyuges llevò al matrimonio no ecsisten, y hay otras de igual especie, bondad y calidad, se las aplicará á él ò à sus herederos; pues habiéndolas, tiene derecho á recuperar en ellas el fondo que puso, como subrogadas en su lugar, y ninguno compete al consócio, porque no se le comunica su dominio; y es justo que se haga asi, para que no se le perjudique por beneficiar á su sócio: bien que asi como tiene derecho á que se le entreguen las ecsistentes, no debe resistirse á tomarlas si se le aplican, aunque no le acomoden, por el precio que entonces se les dé.

2293 Lo propio milita cuando el marido con el dinero dotal y con voluntad de su muger compró alguna finca, é igualmente entre hijos de dos ó mas matrimonios cuando su padre ó madre dejó algunos bienes adquiridos constante el suyo, que se hallan pro indiviso, pues la parte que tocaba al muerto y llevaría si viviera, se les debe aplicar con su aumento intrínseco, como que le representan y ocupan su lugar, y no á sus medios hermanos, padrastro ni madrastra, en la particion que se haga por muerte del viudo ó viuda. Pero lo espuesto no tendrá lugar si los interesados mayores de 25 años hacen algun pacto contrario, ó si hay motivo grave que obste para practicarlo asi.

2294 La duodécima regla es, que si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, como censos, juros, jurisdiccion, servidumbre, &c., divida el partidor sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que se ha propuesto; y si los derechos no se pudiesen dividir, se dividirán sus frutos y pensiones ó réditos.

2295 Tocante á las deudas en favor del caudal, ha de hacer el partidor su aplicacion y distribucion de modo que á ningun heredero ó sócio perjudique por beneficiar à otro; y ademas debe adjudicar á cada uno el débito entero, para que el deudor no sea vejado con muchos juicios siendo aquel uno solo, escepto que unas deudas sean de dificil esaccion y otras fallidas, pues de estas dos clases debe aplicar á todos su porcion respectiva en cada una, para que sufran á prorata la pérdida y gastos de cobranza; bien que lo mas seguro y útil á todos es que uno se encargue de su cobranza, ó que elijan un cobrador, y segun se cobren las repartan, con lo cual sufren todos el perjuicio y reciben la utilidad proporcionalmente.

2296 Y en caso de que las adjudique á uno solo, debe reservarle su derecho para que lo repita á los demas, y dejar à estos obligados á la eviccion, para que le satisfagan las partes que le correspondan, asi de lo que salga fallido como de los gastos de cobranza, acreditándolos del mismo modo que si le quitaran en juicio alguna cosa que se le hubiese aplicado como efectiva y segura: à no ser que pacte que ninguno ha de quedar obligado á dicha eviccion.

2297 Pero debe tener presente el partidor que si interviene en la particion la viuda, ó quien la represente, y habia llevado á su matrimonio bienes dotales ó parafernales, no se le ha de hacer pago de ellos con deudas adquiridas por contratos que celebró su marido estando casados, sino reintegrarla de su importe con otros bienes equivalentes ó dinero, y luego aplicarle por razon de gananciales la parte

proporcional que le toque de ellos; pues asi por haber llevado bienes efectivos como por haberse obligado su marido á su restitucion en otros equivalentes ó en dinero, tiene accion para recuperarlos segun se los entregó ó él se obligó, y no debe ser compelida á recibirlos en deudas ó créditos habiendo alhajas y fincas con que satisfacerle.

2298 Tambien debe tener presente que si durante la comunion se cobran algunos créditos, los debe estimar como dinero, dividirlos como tal entre los partícipes, y ponerlos en este concepto por cuerpo del caudal, aunque esten inventariados como créditos.

2299 La décima tercia regla es, que si hay deudas contra el caudal, y por no haberse satisfecho antes de la division se nombró por pagador de ellas á alguno de los interesados, haga à su favor el partidor adjudicacion ó hijuela de su total, y le aplique dinero para su solucion hasta en su importe, y no habiéndolo, bienes en cuya venta no tenga ningun dispendio, como es la plata y el oro por su peso é intrínseco valor; pues asi como el desembolso ha de ser efectivo sin la mas leve diminucion ni pérdida, deben serlo tambien los bienes que se adjudiquen al que lo haya de hacer, porque de lo contrario sería perjudicado; y puesto que estan obligados proporcionalmente todos los partícipes en la herencia à la satisfaccion de las deudas de esta; que es primero pagar que heredar, y que no hay herencia hasta que estan satisfechas, deben sufrir del mismo modo el gravàmen, obligarse à la eviccion, privarse de llevar lo mejor, porque es de los acreedores, y contentarse con lo que les quede, bueno ó malo; pero si no hay plata, oro, ni otros bienes en cuya venta no pueda haber pérdida, deben venderse antes los necesarios para el pago de deudas, y en su defecto obligarse los coherederos à satisfacer á prorata al pagador nombrado la pérdida y gastos que tenga en ella, bajada su parte, pues como uno debe concurrir con los demas á proporcion de su haber, y asi se espresará en las adjudicaciones, ó por declaracion al final de la particion.

2300 Lo mismo debe practicar, si se le hace pagador de legados, con la diferencia de que debe aplicarle los específicos, para que los dé á sus dueños, y no dinero por ellos como cuando son genéricos. Por pagador de deudas se debe nombrar al mas abonado, fiel y esacto, con obligacion de acreditar à los coherederos la satisfaccion de ellas para su resguardo.

2301 La décima cuarta regla es, que por ningun título altere el partidor la tasacion de los bienes modificándola ó aumentándola, pues esto no es de su inspeccion sino de la de los tasadores, y conforme esten valuados, ha de formar el cuerpo del caudal y adjudicarlos. Asi que, si entre ellos hubiere diamantes ú otras piedras preciosas inventariadas por el todo de su tasa, por esto mismo y no por el tercio, ni por entre mitad ni tercio las ha de distribuir y aplicar, escepto que pacten otra cosa los interesados, ó que ecsistan algunas de aquellas que estos hubiesen llevado al matrimonio, tasadas por todo su valor y en el inventario por el intrínseco real y verdadero que tienen, en cuyo caso ó ha de reducir el primero al segundo, ó en su defecto aumentar el esceso à éste, porque tales piedras como no se consumen ni deterioran, no tienen pérdida, por cuya razon, y por no haberse trasferido su dominio al consócio, deben volver al sócio que las llevó ha-

llándose en el mismo estado, por el precio en que las puso por fondo de la sociedad conyugal, pues de lo contrario seria perjudicado el consorte en el esceso, que no era valor real sino aéreo ó imaginario.

2302 Y en la adjudicacion v. gr. de un aderezo ó de otra cosa que consta de varias piezas, no ha de hacerse separacion de estas, sino aplicarlas todas, como que unidas componen una completa, á un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimacion que tiene con la union de todas: y si á ninguno cabe, se ha de vender, ó se han de convenir los interesados acerca de su aplicacion.

2303 Si se tarda en hacer la particion, y algunos bienes muebles ó semovientes padecieron decremento, deberán volverse à tasar para evitar perjuicio, lo cual harà presente á los interesados, para que los hagan valuar y no aleguen despues lesion en su adjudicacion; escepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

SECCION V.

Cómo se han de dividir las cosas individuas y el censo vitalicio personal que el testador tiene.

2304 Al juicio divisorio vienen las cosas corpóreas é inanimadas que pueden dividirse cómodamente en partes separadas, como el vestido, casa, fundo, olivar y otras semejantes. Tambien vienen algunas que sin daño suyo no se pueden dividir como el caballo, el molino, &c. las cuales se llaman individuas en derecho.

2305 Asimismo vienen otras que natural y legalmente son absolutamente individuas, como las servidumbres, que ni por el hombre ni por la ley se dividen ni pueden dividir aunque se quiera. Y finalmente, vienen otras que aunque por su naturaleza son indivisibles, pueden dividirse legal é intelectualmente, como los derechos, obligaciones y acciones que *ipso jure* se dividen activa y pasivamente entre los herederos ó partícipes, y no vienen al juicio divisorio sino solamente por vía de adjudicacion, porque la ley las divide intelectualmente.

2306 Para que el partidor no ignore cómo ha de proceder en la division de las cosas y obligaciones individuas, se pondrán para su instruccion varios ejemplos. Pedro prometió que Juan habia de pasar por su heredad, y que ni él ni sus herederos se lo estorbarian, y murió dejando varios de ellos. Esta obligacion individua no viene al juicio divisorio; y asi compete activa y pasivamente la accion de todos los herederos del uno contra todos y cualquiera de los del otro *in solidum*, prohiban el paso todos ó uno solo, por lo que los herederos han de prestar caucion de indemnidad, de que el hecho de uno no dañará á los otros.

2307 Lo propio sucede si el testador lega la servidumbre de trànsito, pues cualquiera de sus herederos está obligado *in solidum* á concederle y darle la caucion referida.

2308 Tambien se ha de proceder por caucion de indemnidad entre los herederos en la promesa penal hecha por el difunto, de que si, v. gr., dentro de un año no pagáre cierta suma, satisfará tanto en pena; en cuyo caso para ecsimirse de esta no basta que uno de los herederos

pague su parte, pues ó todos han de satisfacer todo el débito, ó uno por sí y por ellos, y en su defecto no se libertarán de la pena, porque al acreedor compete accion *in solidum* contra todos.

2309 Queriendo todos los herederos el fundo, casa, viña, olivar ú otra cosa raíz ó mueble de valor que hay en la herencia, y no conformándose en quién la ha de llevar ó cómo se ha de dividir, si admite cómoda division, se ha de partir igualmente ó á proporcion de la institucion. Si no la admite, se ha de aplicar enteramente á uno, y éste ha de pagar en dinero á los coherederos las porciones que les podian tocar en ella, precedida su justa tasacion, à lo cual le puede condenar el juez. Resistiéndose cada uno á llevarla en estos términos, sea porque no se pueda dividir cómodamente ó por no tenerle cuenta ó por otro motivo, ha de mandar que se sortee, y aquel á quien toque no se debe escusar de admitirla con dicha responsabilidad, ó sin ella en caso de caberle; ó si no, hará que se venda entre ellos, y la aplicará al que dé mas por ella, y que deducida su parte, entregue el resíduo y se divida entre los demas, ó que se venda á un estraño si no quieren comprarla ó no dan su justo precio, ó aunque uno lo ofrezca, si dice que por su indigencia no puede aprontarlo, y aplicarles el que dé el estraño; pues todo depende del prudente y arreglado arbitrio del juez para evitar disensiones entre los partícipes (leyes 10, tít. 15, Partida 6; y 2, tit. 4, lib. 3, del Fuero Real.)

2310 Estos modos de hacer particion de cosa individua, ó de la que rehusan tomar en pago de su haber por pretestar se les perjudica, son los mas frecuentes; pues aunque no está reprobado, no se usa regularmente el de que el hermano mayor en edad haga las porciones, y los menores elijan.

2311 Pero si uno de los herederos intenta que se subaste la cosa que no tiene cómoda division, tal vez por no acomodarle llevarla, ó por no tener para pagar al coheredero su parte, ó por hacerle mala obra, y éste lo resiste y apronta en dinero la porcion líquida que corresponde al otro, debe ser oido, y no ha de procederse á la subasta ni causársele estos perjuicios y gastos; por manera que si el juez no defiere á ello, puede apelar, pues cumple el coheredero con entregar á su consócio su parte líquida en dinero á justa tasacion, que es à lo que se le puede obligar.

2312 Si el testador tomó dinero à censo ó renta vitalicia y vive el pensionista ó alimentario, debe el partidor dejar el capital en uno de sus herederos por via de depósito, con cargo de suministrar la renta anual al pensionista ó alimentario, y con la condicion espresa de que si éste viviere tanto que consuma el capital y perciba mas que su importe, ha de poder repetir y ecsigir el heredero de los coherederos el esceso que le pague á prorata, deduciendo la parte que como á uno de ellos le corresponda satisfacer; y de que si por el contrario muriese antes que consuma el capital, comunicará á los demas el sobrante, con lo cual nadie queda perjudicado.

SECCION VI.

Como se ha de dividir la finca enfitéutica.

2313 Viene tambien al juicio divisorio la finca enfitéutica hereditaria, y asi pueden los herederos dividirla aplicándola proporcionalmente á cada uno segun su haber, ó enteramente á uno solo con obligacion de dar á los otros la estimacion ó valor de sus partes, y no necesitando de requerir al señor del dominio directo, si la requiere por el tanto, por ser la division una enagenacion necesaria y no voluntaria, de suerte que por la falta de dicho requerimiento no cae la finca en comiso, ni por la division se debe laudemio, escepto que en la escritura primordial del enfiteusis se haya estipulado lo contrario.

2314 Tambien tiene lugar lo espuesto cuando el enfiteusis se concedió á muchos con pacto espreso de que el uno sucediese al otro, ó de que hubiese entre ellos derecho de acrecer; pues en este caso pueden dividirlo igualmente en la forma espuesta, sin riesgo de que caiga en comiso ni necesidad de requerir al señor, porque no hay persona nueva á quien éste no conozca ni haya admitido; ni aun de enagenar sus partes, porque esto no es propiamente enagenacion sino una anticipada renuncia de su derecho.

2315 Enagenando alguno de los herederos del enfiteusis perpétuo la parte que le tocó sin requerir primero al señor del dominio directo si la quiere por el tanto, se ha de distinguir: ó estaba en posesion de la finca y en virtud de la enagenacion la entregó al comprador ó no; si lo estaba, cayó solamente en comiso la parte enagenada, porque esta pena es legal, y la ley castiga únicamente á quien delinque; si no lo estaba ni entregó la finca, no tiene lugar el comiso.

2316 Las mejoras hechas en la finca enfitéutica son propias del que las hace por ser cosa distinta del enfiteusis, y asi las puede legar, donar y enagenar; por lo que si el enfiteusis es perpétuo vendràn todas á la particion, y aquel en quien quede ó se encabece el derecho y finca enfitéuticos tendrà que satisfacer en dinero à los coherederos la porcion que les corresponda de las mejoras, las cuales se tasaràn juntas con el derecho enfitéutico y no separados de él, porque es individuo, segun se practica.

2317 Dúdase si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfiteusis, y liberando el dueño del dominio útil su finca afecta á él por tres laudemios y el duplo capital del cánon ó pension anual, podrá el capellan quedarse con los tres laudemios ó á lo menos con uno, como cuando se celebra venta de la finca que lo percibe y hace suyo; ó si deberá imponer todo el importe de ellos con el duplo capital á favor de la memoria ó capellanía. Para desvanecer esta duda ha de considerarse quién es el dueño del enfiteusis, si la memoria ó el capellan, como tambien si los laudemios son renta ó fruto de ella.

2318 En órden á lo primero, debe entenderse que la memoria es la dueña y el capellan un mero usufructuario con el gravàmen de cumplir sus cargas de la renta de sus fincas; y asi no compete á éste el derecho de tantéo ni el de conceder licencia para la venta, no obs-

tante el abuso que la ignorancia y falta de discernimiento han introducido; ni tampoco el de apoderarse de la finca por comiso si el enfiteuta no paga en tres años la pension, pues todos estos derechos como peculiares y privativos del señor del dominio directo en fuerza de la reserva que hizo de ellos para sí y sus sucesores en la escritura de dacion á enfiteusis, tocan à la memoria, la cual, en virtud de la traslacion de dominio que le hizo el fundador, señor del enfiteusis, se constituyó dueña, se subrogó en su lugar, y le sucedió en ellos.

2319 En órden á lo segundo, que estos laudemios y duplo capital no son renta ó fruto de la finca de la memoria, sino precio y valor en que se estima el derecho de percibir anualmente el cánon, el de apoderarse de él si el enfiteuta no le paga en tres años, y el de tantearla ó en su defecto conceder licencia para la venta, y percibir el laudemio que por ésta se causa; de suerte que el importe de estos derechos junto con el duplo capital se subroga como equivalente en ellos, y pagándolo el enfitéuta, se constituye dueño de todos y del solar, consolidando el dominio directo de que carecia y de que son privativos, con el útil que tenia.

2320 Lo propio se ha de decir y por la misma razon cuando el enfiteusis pertenece á mayorazgo.

TITULO XXXII.

De las deducciones comunes que se deben hacer del caudal inventariado.

2321 En los títulos anteriores se han espuesto los principios generales que deben observarse para la division de bienes: en este y los siguientes se tratará del órden con que debe hacerse para evitar los considerables perjuicios que se pueden causar á los herederos en sus particiones por ignorar el modo de hacer las deducciones generales y particulares, y no dar á cada una el lugar correspondiente.

2322 Asi como en la sociedad convencional para saber si hay utilidad ó pérdidas es indispensable separar préviamente, como se separan, del cúmulo de todo el caudal los bienes, capital ó fondo que cada sócio puso, ó su importe y las deudas contraidas durante ella con motivo del negocio sobre que se estableció, porque cuando se contrae simplemente entre algunos se entiende de los bienes futuros y no de los capitales, á menos que especial y espresamente pacten lo contrario; asi tambien en la conyugal se deben deducir ante todas cosas del cuerpo del caudal inventariado los bienes que ambos cónyuges llevaron à la compañía que celebraron con el matrimonio (sea al tiempo de casarse ó mientras estuvieron casados, por haberlos adquirido por otro título lucrativo, de algun pariente ó estraño), ó el importe de ellos y las deudas causadas en su tiempo, porque de otro modo es imposible averiguar si hay ó no gananciales.

SECCION I.

Cómo debe proceder el partidor en la division de bienes.

2323 Enterado el partidor del inventario y demas papeles concernientes á la particion, que ha de evacuar sea de uno ú dos matrimonios, conviene que con toda claridad y fidelidad haga suposiciones de lo que resulte de todo por su órden cronológico.

2324 Debe el partidor espresar en la última suposicion cuanto importa el caudal y el modo de dividirle, para que los interesados sepan lo que se tuvo presente, qué motivo hubo para su distribucion y deducciones, en qué términos se hicieron, y si fueron ó no arregladas; y vean asimismo en sus hijuelas ó adjudicaciones, como que se deben insertar en ellas, los fundamentos en que se afianza la division, y si se les perjudicó ó no en su haber.

2325 Las suposiciones, aunque no son esenciales en la particion, dan una clara idea é instruccion de todo.

2326 A continuacion de las suposiciones debe el partidor formar cuerpo del caudal poniendo su total por clases y por mayor, v. gr. en tierras tanto, en viñas tanto, en madera tanto, en ropa tanto, &c. como se verá en los ejemplares puestos al fin de este tratado de particiones.

2327 No debe el partidor copiar el inventario, pues ademas de ser esto inútil porque los bienes que contiene se reparten entre los interesados, á quienes basta saber à cuánto ascienden, qué deducciones se hacen de ellos, por qué y cómo, y qué es lo que les toca y en qué especies con individualidad; se les originan gastos infructuosos que deben evitárseles sino hay motivo especial para lo contrario.

2328 Formado el cuerpo del caudal en dichos términos, ha de hacer de él el partidor las deducciones correspondientes, segun el órden y del modo que diremos en las siguientes secciones.

SECCION II.

Deduccion de la dote de la muger.

2329 Lo primero que el partidor debe bajar del cuerpo del cautal es la dote legítima y verdadera que la muger acredite legalmende haber llevado al matrimonio y entregado à su marido, (sean legítimos ó estraños los herederos), por dos razones.

1.ª Porque no solo es fondo ó capital suyo puesto en la sociedad conyugal para su incremento, sino tambien deuda contra los bienes de su marido, y preferida á todas las que éste contrajo constante el matrimonio.

2.ª Porque aunque no haya gananciales, está obligado á restituírsela de sus bienes propios, regularmente hablando. (Ley 33, tít. 13, Part. 5.)

|| Para escusar en este lugar repeticiones inútiles véanse los números 214 hasta el 266 inclusive. ||

2330 Debe el partidor para hacer la adjudicacion y pago á la muger ó á sus herederos arreglarse en un todo à la escritura de dote.

2331 Para que el partidor no dude cuando toca al marido el deterioro ó pérdida de los bienes dotales no estimados, debe tener presente que es de su cuenta y debe pagarlo en los casos siguientes:

1.º Cuando se pruebe que se deterioraron ó perecieron por su culpa.

2.º Cuando se obligó à satisfacerlo.

3.º Cuando fueron muebles que se vendieron y consumieron durante el matrimonio, ó se gastaron en servicio de su casa escusando comprar otros precisos para ella.

4.º Cuando hay gananciales en el matrimonio; pues asi como aumentándose su valor estrínseco se dividirá como ganancial el aumento entre ambos cónyuges, asi tambien si hay pérdida se ha de deducir de ellos.

2332 El aprecio se ha de hacer segun lo que justamente valian al tiempo que la muger los llevó, y no al de su restitucion.

2333 En concurrencia de dos dotes legítimas parece que se deberá deducir la primera antes que la segunda, porque son créditos de igual naturaleza y privilegio, y el que es primero en tiempo lo es tambien en derecho; aunque los bienes dotales conocidos de la segunda que ecsistan, como esta conserva su dominio, y aunque se hayan dado apreciados al marido no perdieron por su valuacion la naturaleza y privilegio de dotales, se le aplicarán como suyos y nada le llevará de ellos el heredero de la muger primera. (Ley 33, tít. 13, Part. 5.)

2334 Esto es incontrovertible cuando el marido no dejó bienes suficientes para completar ambas dotes y los interesados en ellas tratan sobre prelacion; pues aunque haya gananciales conocidos adquiridos en el segundo matrimonio, como todos se contemplan del marido y hasta que este fallece no adquiere su muger el dominio irrevocable en ellos, cuando puede adquirirlo, no lo adquiere por hallarse sujetos á la responsabilidad de la dote primera, y asi debe ser preferida á la segunda en bienes no conocidos de ésta.

|| La mitad de los gananciales del segundo matrimonio no puede ser responsable à la dote del primero, porque la muger adquiere verdaderamente el dominio de aquellos aun en vida de su marido no menos que éste, y los bienes propios de una persona no deben estar sujetos á ninguna responsabilidad por las deudas de otra, sino en virtud de algun pacto ó de alguna ley que lo disponga. *Como quier que el derecho diga*, (dice la ley 4, tit 4, lib. 10, Novís. Recop.) *que todas las cosas que han marido y muger, que todas se presumen ser del marido hasta que la muger muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido y muger son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente, y ansi mandamos que se guarde por ley*: y la ley 4 del tít. y lib. citados, dice asimismo: *Toda cosa que el marido y la muger ganaren ó compraren estando de consuno, háyanlo ambos por medio.* (*Nota del Febrero reformado.*)

2335 Cuando la division se hace por muerte del marido, si este dejó bienes con que reintegrar á sus mugeres de su respectivo haber, y tambien gananciales adquiridos en su primer matrimonio, se debe distinguir si la muger segunda renuncia ó no à los gananciales, y si el marido llevó ó no cuando se casó con ella bienes equivalentes á la dote primera ó ningunos.

Si los renuncia y se contenta con su dote y arras en caso de habérsele prometido, lo mismo es deducirla antes que despues de la primera, haya llevado ó no bienes á su poder el marido, porque como hay suficientes para ambas, á ninguna se agravia.

Si quiere la parte que le corresponde en los gananciales, deben distinguirse cuatro casos para evitar que el partidor incurra en errores perjudiciales, desvanecer la confusion con que hablan los autores de particiones sobre este punto, y esplicar lo que han omitido.

El primer caso es cuando el marido llevó algunos bienes al segundo matrimonio, pero no los suficientes para cubrir la dote y demas haber de la primera muger, haya habido ó no gananciales en el de ella.

En este caso se deben bajar del cuerpo del caudal inventariado an-

te todas cosas la dote segunda, despues las deudas contraidas durante el segundo matrimonio y no otras anteriores, y deducidas estas partidas, como tambien lo que el marido llevó á él, se verá qué gananciales quedan, y se aplicará la mitad de ellos á la segunda muger con su dote y demas haber llevado á poder de su marido.

Hecho esto se unirá la otra mitad al caudal que éste puso en la sociedad, y de todo su importe se deducirán el haber de su primera muger, las deudas propias que el marido tenia antes de casarse segunda vez, y las arras de entrambos si las hubo, y el resíduo será caudal paterno partible entre los hijos del marido habidos en ambos matrimonios, segun su arreglada voluntad como herencia paterna. Por ejemplo: todo el caudal que dejó el marido asciende á 400,000 reales; el que llevó al segundo matrimonio fueron solamente 30,000, no obstante importar 100,000 la dote de la primera muger, que no estaba pagada; la de la segunda importa 50,000, y las deudas contraidas en su matrimonio con ésta 20,000: se forma la cuenta de esta suerte: 50,000 de la dote segunda; 20,000 de las deudas de este matrimonio, y 30,000 que llevó el marido, componen 100,000, y deducidos de los 400,000 resultan de utilidad 300,000, cuya mitad son 150,000, que agregados á los 50,000 de la dote segunda, suman el haber de la segunda muger por dote y gananciales 200,000 reales, y quedan otros 200,000 para satisfacer lo que el marido llevó al segundo matrimonio (que era parte de la dote primera), las deudas que tuviese antes de casarse segunda vez y las contraidas en el segundo, y asimismo el resto de la primera dote y algunos gananciales, por lo que despues de satisfechos los 20,000 de las deudas del segundo matrimonio y los 100,000 de la primera dote, hay de caudal paterno 8,000 reales, de los quales se sacarán las arras de ambas mugeres, si las hubo, y las deudas particulares que el marido tuviese cuando se volvió à casar, y el remanente será legítima de los hijos de ambos matrimonios; pues de deducirse íntegros los 100,000 reales de la dote primera en lugar de los 30,000 que el marido llevó al segundo matrimonio, quedaria desfalcada injustamente la segunda muger en 35,000, mitad de los 70,000 que desde los 30,000 hasta los 100,000 hay de diferencia; y de bajarse los 30,000 y tambien los 100,000 se le causaria mayor agravio, que seria el de 50,000 reales menos de gananciales.

2336 El segundo caso es cuando el marido no llevó ningunos bienes al segundo matrimonio, constan el haber de la primera muger y los gananciales adquiridos durante el suyo, y despues de cubiertas ambas dotes y lo demas correspondiente á la primera por todos sus derechos, resultan otros gananciales adquiridos en el segundo.

2337 En este caso se han de deducir únicamente del cuerpo del caudal la dote de la segunda muger y las deudas contraidas en este matrimonio, si las hubiese, y el resto del caudal inventariado será partible por mitad como gananciales entre la viuda é hijos del primer matrimonio, los cuales los tomarán, parte por razon de la dote ó demas haber de su madre como deuda contra su padre à que era responsable, y parte por herencia paterna, si deducidas la dote y demas deudas propias de su padre, y las arras de la segunda en caso de haberlas, sobrare algo; pues sería cosa inícua que habiendo contribuido á

la adquisicion de los gananciales, y no habiéndolos tal vez en el primer matrimonio, se le defraudasen por utilizar á los hijos de la muger anterior, una vez que hay lugar para todo.

2338 El tercer caso es cuando el marido llevó al segundo matrimonio bienes bastantes para cubrir el haber de los hijos de la primera muger, ecsistente en su poder, y algunos mas suyos propios.

2339 En este caso se ha de deducir del cuerpo del caudal juntamente con la dote segunda todo lo que llevó y no desmembró de él, para dar ó pagar á algun hijo del primero su parte materna durante el segundo; no por razon de haber de la primera, sino como capital ó fondo que realmente puso en la segunda sociedad y coadyuvó á adquirir las utilidades ó gananciales, que ecsiste en su poder cuando fallece, sin decremento ni desfalco.

2340 Lo mismo se debe practicar cuando parte del capital no era del marido porque tenia deudas que no rebajó entonces ni se pagaron durante su matrimonio; pues aunque sus herederos son responsables á ellas por estar sin pagar, respecto á su viuda lo mismo es que todo el capital sea de él ó solamente parte, una vez que lo puso en la sociedad y ayudó á adquirir las utilidades; ni el que lo lleven sus herederos ó sus acreedores es del caso, mediante á que en nada se les perjudica, y de no ejecutarse asi se agraviaria injustamente á sus herederos.

2341 El cuarto caso es cuando el marido lleva al segundo matrimonio bienes suficientes no solo para cubrir al haber de los hijos del primero, que ecsiste en su poder y les corresponde asi por sus legítimas maternas como por el derecho de reserva, sino tambien algunos suyos propios, y durante el segundo les dá el todo ó parte de lo que les toca por los títulos espresados, ó algo mas en cuenta de las paternas.

2342 En este caso ha de distinguirse si les dió el todo, ó solamente parte de lo materno; se puede girar la cuenta de dos modos.

2343 El primero es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado à los hijos, y hecho todo un cuerpo como si todo se hubiera hallado en su poder, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio y su capital íntegro, segun lo llevó, y lo que quede despues de hechas estas tres deducciones será lucro, que se dividirá por mitad entre su viuda y los hijos de ésta y de la primera como herederos todos de su padre; pues de no incorporarse á lo inventariado lo donado á éstos, y bajar enteramente su capital como si nada se hubiera sacado de él, sería perjudicada la viuda en la mitad de su importe, y los hijos de la primera beneficiados indebidamente en ella.

2344 El segundo modo es no agregar lo entregado; considerar el capital como que está reducido á esto menos, ó que no lo llevó; y bajar solamente lo que quedó hecha la entrega, á la manera que cuando lleva deudas y se pagan durante el matrimonio, como se dirá en su respectiva seccion de este título, y saldrá la misma cuenta y porcion de gananciales.

2345 Si dió algo mas á los hijos en cuenta de la legítima paterna, se puede hacer igualmente la cuenta de dos modos.

El primero es agregar al caudal inventariado no solo lo que lleva-

ron por su madre, sino tambien lo que su padre les anticipó por su legítima paterna; deducir de lo que sume este total la segunda dote, las deudas del segundo matrimonio y el capital íntegro que el padre llevó á la sociedad cónyugal, y el resíduo, hechas estas bajas, será la utilidad, que se dividirà por mitad en la forma propuesta.

El segundo modo es unir solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su haber paterno; deducir de lo que importen estas dos partidas la dote segunda, las deudas citadas y lo que llevó como suyo propio sin responsabilidad al segundo matrimonio, separando lo que comprendia su capital perteneciente á sus hijos por su madre como entregado ya ó como sino lo hubiera incluido en él, y lo que resulte, hechos estos descuentos, será el mismo lucro que el de la cuenta girada del primer modo.

SECCION III.

Deduccion de los bienes parafernales ó estradotales.

2346 Deducidos primero los bienes dotales, segun hemos dicho, deberàn deducirse despues los parafernales y demas que la muger haya llevado al matrimonio, de los cuales hemos hablado en los números 267 hasta el 291, en los que dimos una breve noticia de ellos y de las personas á quienes pertenecen su dominio y administracion: en la presente seccion debemos tratar solo de la restitucion de estos bienes.

2347 Si la muger no entregó á su marido sus bienes parafernales, pero los llevó á su poder y con el uso de ambos y de su familia se consumieron ó deterioraron, callando y consintiéndolo ella, no tendràn obligacion el marido ni su heredero de pagarle su valor, escepto que se pruebe haberse hecho mas rico por este uso, pues entonces estará obligado en cuanto se utilizó; ó que haya gananciales, en cuyo caso sacará su total como fondo puesto en la sociedad conyugal.

2348 Mas si el marido los consumió en el uso de su casa ó familia ignorándolo y no consintiéndolo su muger, està obligado á la restitucion de todo su valor, porque no es visto habérselo donado, haya ó no gananciales, pues en caso de no haberlos los deberá reintegrar de su capital como deuda contra él con hipoteca tácita.

2349 No está prohibido al marido enagenar los bienes parafernales de su muger con su consentimiento, aunque no jure el contrato; y si ámbos juntos los vendieron y su precio se convirtió en satisfacer alguna deuda que la muger habia contraido antes de casarse, no tiene derecho á pedirlo porque cedió á su utilidad, mediante á que si la hubiese tenido satisfecha al tiempo de casarse, esto menos hubiera llevado al matrimonio; ni tampoco se sacará del cuerpo del caudal, ni de los gananciales ni del haber propio del marido, y antes bien si éste la pagare con sus bienes, podrá recuperarla de los de su muger.

2350 Pero si el precio de los bienes parafernales no se convirtió en utilidad de la muger, se lo ha de abonar enteramente deduciéndose de los gananciales, si los hay, como fondo ó capital puesto en la sociedad; y no habiéndolos, del caudal de su marido, porque está oblido á la responsabilidad de ellos, y no se llama utilidad ni provecho

suyo el haberse convertido en sus alimentos, porque el marido tiene obligacion de dárselos. (Ley 3, tít. 11, lib. 10, Novís. Recop.)

2348 Si el marido los vendió sin consentimiento de la muger por su justo precio, podrá ésta sacarlos al comprador, porque no perdió su dominio mediante á que no se trasfiere á otro lo ageno sin la voluntad de su dueño. (Regla 13, tít. 34, Part. 7.)

2349 No queriendo molestar al comprador, sacaria su total valor del cuerpo de hacienda, como fondo puesto en la sociedad, y el partidor lo deberá bajar de él sin reparo; pues en caso que la muger repitiese contra el comprador, podria éste repetir contra el caudal inventariado.

2350 Habiendo el marido vendido los bienes parafernales en menor precio que el que valian, se ha de distinguir si hay ó no gananciales si no los hay, ó aunque los haya, si la muger ó sus herederos los renuncian, es indudable que tiene derecho para repetirlo de su marido, y no devolviéndoselos éste le ecsigirá su verdadero valor; pues por haberse escedido en venderlos sin su permiso, es responsable á la reintegracion de su justa estimacion sin el menor desfalco.

2351 Si hay gananciales y los acepta la muger, puede pedir tambien el verdadero valor de sus bienes parafernales vendidos sin su beneplácito, porque aunque el dinero de lo vendido haya contribuido á multiplicar los gananciales, y la muger lleve la mitad del incremento, lleva igualmente su marido la otra mitad, y á no haberse vendido se hubiera aumentado mas el caudal, pues cuanto mayor es el fondo de la sociedad, mas puede lucrarse: fuera de que pudo haberse perdido el dinero, con lo cual se hubiera causado mayor perjuicio á la muger, y no se compensa el daño ó culpa cometida en una cosa ó negocio con el lucro adquirido en otro por alguno de los sócios. (Ley 13, tit. 10, Part. 5.)

2352 No contentándose la muger con el precio en que su marido vendió sin su permiso los bienes parafernales, y antes bien queriendo el valor legítimo que tenian, se deducirá el de la venta del cuerpo del caudal como incluso en la misma hacienda y fondo de la sociedad; y el mayor valor que el marido dejó de percibir y perdió por su culpa, lo pagará bajándose á este efecto de su haber privativo como deuda contra él, y no de los gananciales, porque de bajarse de estos se le pagaria con lo suyo propio la mitad, en la que se le perjudicaba indebidamente.

2353 Si la muger pide no solo el valor legítimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino tambien la mitad de los frutos que desde la venta celebrada por su marido pudieron haber producido segun la estimacion regular, será oida, y el marido tendrá que resarcirle todos los daños é intereses, por haberlos enagenado contra su voluntad, al modo que el sócio lo está á los que por su culpa ocasiona á la sociedad, pues el que tiene obligacion de hacer ó no hacer alguna cosa, si procede contra su obligacion, debe pagar el daño é interés; y el marido está obligado á conservar en vez de enagenar los bienes parafernales que su muger lleva y le entrega; por lo que si no lo hiciere deberá satisfacer el que se lo cause, entrando los frutos que á no haberlos enagenado hubiera percibido; bien que si

el marido prueba que con el precio de los bienes parafernales de su muger lucró tanto como podian haber producido los frutos y le podia tocar de estos, no habrá lugar á la pretension de ella en esta parte.

2354 Deducidos los bienes dotales de la muger y los parafernales que llevó cuando se casó, y retuvo ó entregó á su marido, se han de bajar del cuerpo del caudal los demas parafernales ó estradotales que acredite haber heredado por testamento ó abintestato de sus ascendientes ó de algun pariente ó estraño, ó recaido en ella por otro título lucrativo, mientras estuvo casada, y no por razon de la sociedad conyugal, si los entregó à su marido como debe hacerlo no habiéndose pactado lo contrario en los contratos nupciales, porque se contemplan y deben tenerse tambien por parafernales, mediante à no ser del caso el que los lleve al matrimonio cuando lo contrae ó despues, una vez que entraron en poder de su marido, y à que no son de los que el derecho llama gananciales, ni por consiguiente de los que se comunican entre los dos como estos, sino propios y privativos de la muger en quien recayeron: en cuya atencion, si ecsisten, se le aplicarán por el valor que se les dé, y su deterioro en dinero, y no en otros equivalentes por su defecto; y no ecsistiendo, se sacará la estimacion que tenian al tiempo de recaer en ella y que los entregó á su marido.

2355 Y aunque consistan en número, peso ó medida, no tendrá derecho á pedir igual cantidad de cada especie, porque este privilegio se concede únicamente á la dote, y cesando la causa dotal, milita la misma razon en la muger que en el marido para la esaccion de lo que puso por fondo en la sociedad conyugal.

2356 La deduccion de los bienes hereditarios en los términos espresados se debe practicar cuando al tiempo de casarse nada se estipuló acerca de ellos; pero si en las capitulaciones matrimoniales, ó en la escritura de recepcion de la dote se obligare el marido á tener por aumento de esta dichos bienes y à restituirlos en igual conformidad que los dotales, para que gocen del privilegio de ellos, puesto que se contempla serlo, aunque se reciban posteriormente, se deberán bajar cuando los dotales y antes que los parafernales; en cuyo caso no podrá la muger administrarlos, porque está obligado su marido á su responsabilidad.

2357 Y sino solo no hay gananciales sino que falta caudal para completar todo lo que ambos cónyuges llevaron al matrimonio y heredaron durante este, debe perder el marido y suplir del suyo lo que falte para cubrir lo que recibió de su muger, porque entra en su poder, lo administra todo, se le trasfiere regularmente su dominio, y tiene que responder de ello.

SECCION IV.

Deduccion del capital que el marido llevó al matrimonio, y de los bienes que durante este heredó ó le donaron.

2358 Deducidos del todo del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales y hereditarios, que la muger haga constar haber llevado á su matrimonio, ó su importe si no ecsisten, se han de bajar

en caso de haber utilidades que partir, los que el marido acredite igualmente haber llevado cuando lo contrajo, y recaido en él por herencia ú otro título lucrativo durante su casamiento, porque como fondo ó capital puesto en la sociedad se debe segregar antes que se proceda á la division de los gananciales.

2359 Lo mismo ha de observarse aun cuando no haya gananciales, si tampoco hay deudas contra el caudal, ó este alcanza para su satisfaccion y para la de la dote y capital.

2360 Si el marido llevó al matrimonio algun caudal ageno por habérsele constituido pagador de deudas ó para reintegrar á otros y no pagó mientras estuvo casado, se ha de estimar por caudal suyo para el efecto de deducirlo antes que los gananciales, porque entró en la sociedad conyugal, y el que sea ó no suyo no es del caso.

2361 Aunque al parecer haya gananciales porque resulten muchos bienes comprados ó adquiridos por ambos cónyuges constante su matrimonio, si se descubren tantas deudas contraidas en este que escedan á su importe total, se deben deducir primero que el capital del marido, y el resíduo será lo que este perciba por parte de su capital, pues regularmente hablando, debe satisfacerlas y no su muger, sin embargo de que se haya obligado con él á su satisfaccion, porque su obligacion es subsidiaria en defecto de bienes de su marido, y esto únicamente en cuanto se le siga utilidad, ó por pechos y derechos reales, como lo ordena la ley 61 de Toro.

2362 Si las deudas igualan solamente á los gananciales, nada de estos habrá que repartir entre los cónyuges, y no sacará cada uno mas que el importe de lo que llevó á la sociedad conyugal.

2363 Si las deudas consumieren el capital y gananciales, no se proratearán entre el marido y su muger, porque aquel no entrega á ésta sus bienes, ni ella los administra, ni se obliga á su restitucion como él á la de los dotales, ni se trasfiere su dominio como al marido el de los de ella; y asi éste será quien lo pague todo aunque nada le quede.

2364 Habiendo gananciales que partir, aunque los bienes que llevaron ambos cónyuges al matrimonio hayan perecido y todos los que ecsistan sean adquiridos en él, se ha de deducir primero el importe de los capitales de ambos y deudas; pues no es del caso el que permanezcan los mismos bienes ó haya otros en su lugar.

2365 Llevando el marido al matrimonio, ó heredando despues de casado bienes que consisten en número, peso ó medida, si se consumieron y no hay gananciales, no podrà pretender otra tanta cantidad en especie, ni su estimacion, como su muger por los suyos; ya porque ninguna ley le obliga à tal responsabilidad, y ya porque de los bienes de estas clases que la muger lleva, pasa el señorío al marido que los administra y hace suyos, y no por el contrario, en cuya atencion el riesgo, pérdida ó aumento que tengan, cede en su beneficio ó detrimento, y se halla obligado á restituirle otra tanta cantidad de cada especie como recibió, ó su importe (Ayor., cap. 7. cit. núm. 11.)

2366 Pero habiendo gananciales, sacarà el valor ó estimacion que tenian cuando los llevó, como fondo que puso en la sociedad, cuyo importe se ha de bajar y sacar primero, aunque ningunos gananciales queden que partir, y no otros tantos en número de cada especie. (Ayor.,

cap. 7 cit., número 12 al princ.): lo primero, porque lo que realmente puso en el fondo fué su valor, del cual no se trasfirió à la muger el dominio, y lo segundo, porque si cada especie valia mas entonces, quedaria perjudicado, utilizàndose su muger del esceso con detrimento suyo; y si valia menos, lo quedaria ésta: por lo que dándole la estimacion que tenian y en la que pudiera haberlos vendido en dicho tiempo, y de que se utilizó la sociedad, á ninguno de los dos se hace agravio. (Ayor. núm. 12, cit. vers. *Ratio diversitatis*, hasta el fin.)

2367 Si el marido llevó al matrimonio ganado productivo sin apreciar, que se murió, y hay gananciales, sacará el valor que tenia al tiempo de su muerte, asi como la muger por igual razon; pues primero se ha de separar el fondo puesto en la sociedad que dividir las utilidades de ella.

2368 Lo propio se ha de hacer por la misma razon, si lo vendió voluntariamente (Ayor., Part. 3, q. 30, núm. 108 al princ.); pero si la venta fue necesaria, v. gr., à fin de satisfacer algun débito contraido constante el matrimonio, ó para otra urgencia indispensable, y se celebró en bajo precio, podrá deducir y ecsigir todo lo que valia el ganado al tiempo del contrato. (Ayor., núm. 108 cit., vers. *Pero si la venta.*)

SECCION V.

Qué deudas se han de deducir ó no del caudal inventariado por muerte del testador.

2369 Separados del cuerpo del caudal inventariado en los términos espuestos la dote y bienes que los cónyuges llevaron á su matrimonio al tiempo ó despues de contraerlo, ó su importe, se deben bajar las deudas legítimas y verdaderas que esten sin satisfacer y el marido solo, ó su muger con su permiso, ó ambos juntos contrajeron por razon de su sociedad, mientras estuvieron casados solamente, y pagarse de los gananciales que haya. Asi lo dispone la ley 14, tít. 20, lib. 3 del Fuero Real, que está en uso y dice asi: *Todo deudo que marido é muger ficieren en uno, páguenlo otrosi en uno.*

2370 La ley 207 del *Estilo* dice: *Todo el deudo que el marido é muger ficieren en uno páguenlo otrosí en uno. Y es á saber que el deudo que face el marido, magüer la muger no lo otorgue ni sea en la carta del deudo, tenida es á la mitad de la deuda.*

2371 Por deudas no solo se entienden las que provienen de préstamo, arrendamiento, fianza, depósito, compañía, venta ú otro contrato semejante, sino tambien los censos, cargas y responsabilidades á que estan afectos é hipotecados los bienes raices de ambos cónyuges, pues solo lo líquido es lo partible y lo que se llama herencia; y si habiéndolas contraido marido y muger *in solidum*, demandaren á ésta por el todo sus acreedores, debe pagarlas enteramente en cuanto alcancen los gananciales, como lo ordena dicha ley 207. *E otrosi es á saber, que si la muger se obliga con el marido al deudor de mancomun, y cada uno por todo, que si á la muger demandan toda la deuda, que lo puede facer, es tenida de pagar toda la deuda.*

2372 Si alguna de las fincas de la herencia está gravada con

censo enfitéutico y perpétuo, y se halla en esta Córte, se han de deducir de su valor el duplo capital del cánon ó réditos anuales que paga, y despues tres laudemios ó cincuentenas, que es un seis por ciento del resíduo que quede bajada la carga real, farol ó alumbrado y duplo capital, pues se debe aplicar libre enteramente del enfiteusis, á diferencia de cuando se vende, que entonces se abona solamente el duplo capital ya la cincuentena que se causó por la venta y toca percibir al dueño del dominio directo, escepto que el comprador pacte que se le ha de dar libre en un todo de esta carga como si nunca la hubiera tenido, en cuyo caso se le deben abonar cuatro cincuentenas y el duplo capital, ó redimirlo antes de la venta por éste y por las tres, que es lo que conviene practicar para no gastar tanto.

2373 Si se halla fuera de esta Córte, servirá de regla la escritura primitiva de su constitucion, y si no la hubiere, ó aunque la haya, si no se espresare en ella lo que se ha de hacer, se observará la costumbre del pueblo, y lo líquido sobrante de su valor se aplicará al interesado.

2374 El modo de deducir las deudas que cada uno tenga contra sí es el siguiente: Lleva el marido por ejemplo al matrimonio 20,000 reales de caudal, y luego se sabe que debia 4,000 que se omitió bajarlos del total, ó se le quita en juicio alguna finca que los valía, ó esta se hallaba afecta á un censo ó responsabilidad de igual cantidad que ambos redimieron. En este caso lo que realmente llevó son 16,000 rs., y estos y no mas son los que se han de estimar por legítimo y efectivo capital suyo y deducir despues de la dote y demas bienes de la muger, y antes que los gananciales, refiriendo en la correspondiente suposicion de la particion el motivo por que no se dejan los 20,000 íntegros.

2375 Si ningun caudal lleva uno de los consortes cuando se casa, y sí deudas que se pagan de lo adquirido constante el matrimonio, eso menos debe haber y le tocará de gananciales. El modo justo de formar la cuenta es agregar numéricamente el importe de ellas al de estos como si ecsistiera, y hecha una suma, dividirla por mitad y entregar á un consorte la suya en bienes efectivos, y al deudor la otra, aplicándole en vacío ó entrada por salida el importe de las deudas satisfechas; pues à no haberlas tenido no hubiera que pagarlas, y aquel ecsistiria en el cuerpo del caudal. Hay de gananciales, v. gr., 10,000 rs. y se pagaron 4000 que estaba debiendo: juntos suman 14,000 rs., de los cuales tocan 7000 á cada uno. En este caso el deudor no llevará mas que 3000, que unidos á los 4000 que debia y se satisfacieron, componen los 7000 efectivos; pues de girarse la cuenta partiendo solamente los 10,000 ecsistentes, y no haciendo mérito de los 4000 pagados, llevaria el deudor 9000, los 4000 que para pago de sus deudas habian salido del caudal, y los 5000 que percibia efectivos, y el otro cónyuge no mas que 5000, debiendo percibir los 7000; de modo que en esta cuenta quedaba éste perjudicado en 2000 que recibia de menos, y aquel llevaba otros 2000 de mas, cuyas dos partidas componen los 4000 sacados del caudal que injustamente se refundian en su beneficio.

2376 Si no se quiere formar asi la cuenta, se separará para el cónyuge que nada debia otro tanto como se pagó constante el matri-

monio por las deudas del otro, y luego se dividirá igualmente el resto entre ambos. En el mismo ejemplo, si se separan 4000 para el consorte y se dividen con igualdad los 6000 entre los dos, sale la propia cuenta, porque al deudor se aplican en vacío como recibidos antes los otros 4000 rs., y efectiva y realmente de presente los 3000, mitad de los 6000 que restan, deducidos otros 4000 para entregar al cónyuge; y percibe cada uno los 7000 que le tocan.

2377 Por tanto, es necesario poner gran cuidado en hacer las deducciones generales y particulares, en lo cual despues de los puntos de derecho consiste la mayor dificultad de una particion; pues si se hacen del caudal que no se debe ó del modo que no corresponde, se pueden causar muchos perjuicios, y pagará quien no estaba obligado á ello. En las deducciones generales todos los interesados pagan á prorata de su haber.

2378 Declarando el testador en su testamento estar debiendo á alguna persona cierta cantidad, y mandando que sus herederos se la paguen, si por otro medio legal consta la deuda, debe deducirse del cuerpo de bienes como verdadera, sean legítimos ó estraños sus herederos: pero no constando se distingue; si estos son estraños, se bajará igualmente del cuerpo de sus bienes privativos, no mandando aquel lo contrario, ya sea cierta ó incierta, ya la acredite ó no por otro medio; pues como á ninguno se debe legítima, deben contentarse con los que les deje, sin inspecccionar la certidumbre ó incertidumbre de ella; y si son legítimos, se deducirá del quinto ó tercio (segun sean) aunque el testador lo jure, porque su mera confesion, aun jurada no les daña y se estima como legado, el cual se debe deducir de aquellos en cuanto quepa. (Ayor., de *Partit.*, part. 2, *quæst.* 37, núm. 36.)

2379 Entre las deudas que se deben bajar del caudal comun se comprenden los salarios de los criados; por lo que si un hijo ó hijastro en el tiempo y caso que se lé debia dar salario, sirvió á su madre ó padrastro escusándole un criado, mientras vivieron estos no lo pidió y despues de su muerte pretende su satisfaccion, se le debe pagar el devengado en el que los estuvo sirviendo.

2380 No obstará el haberse pasado muchos mas años que los tres que una ley recopilada (la nota 1, tít. 20, libro 11, Novís. Recop.) señaló á los criados para pedir sus salarios; pues la prescripcion para con los hijos empieza desde la muerte, porque en vida ni acostumbran pedirlos por reverencia y respeto, ni parece bien que demanden á sus padres por ellos. (Gom., ley 29 de Toro, núm. 24, vers. *Ex quo subinfertur.* Ayor., part. 3, q. 2 y 3). Mas para que no se presuma que los sirvieron por piedad y obsequio y sí con ánimo de repetir su salario, conviene que asi lo protesten, en cuyo caso no se dudará que se les debe; bien que sirviendo á su padrastro ó hermano no necesita protestarlo, porque respecto á estos no tiene lugar dicha presuncion (Parlad. lib. 1 *Rer. quotid.*, cap. 19, núm. 5).

SECCION VI.

De dónde deben deducirse los derechos de inventario y demas gastos que ocurran hasta que se concluya el juicio de particion.

2381 Ni las leyes ni los autores tratan de dónde se han de deducir y cómo se han de satisfacer los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion y demas que ocurren hasta que á cada partícipe se entrega el testimonio de su haber; y procediendo en este punto con la debida distincion, debe advertirse, que si el marido muere no habiendo llevado capital, ni su muger dote, y siendo por consiguiente todos los bienes gananciales, se deben pagar dichos derechos en esta forma: la viuda pagará la mitad de todo como sócia interesada en ella, y los herederos del marido la otra mitad; y si éste le legó el quinto, tercio ú otra cuota, satisfará tambien á proporcion de estos; pero aunque le toquen arras de cantidad cierta por habérselas ofrecido su marido, nada mas debe satisfacer por esta razon, pues aquellas son deudas contra sus bienes, que como acreedora debe cobrar sin desfalco, y no herencia, utilidad, ni lucro de la sociedad.

2382 Lo propio milita en el lecho cuotidiano que la ley le concede y en el luto que los herederos deben darle, pues nada de estas cosas percibe como ganancial sino como débito.

2383 Si llevó dote ú otros bienes al matrimonio y hay gananciales, se debe practicar lo mismo que en dichas arras, luto y lecho, porque tocante á ellos es igualmente acreedora contra los de su marido, y no interesada como sócia; en cuya atencion, y en la de no percibir por esta razon utilidad alguna de la sociedad, no se debe tener consideracion á su haber patrimonial que hay obligacion de satisfacerle efectivamente sin dispendio de los bienes de la herencia, aunque nada quede á los hijos ó herederos del difunto, pues para reintegrarla de su crédito no es necesario hacer inventario, tasacion, ni particion, puesto que es líquido; y así pagará solamente á proporcion de lo que le toque de gananciales.

2384 Si no hay, ningunos debe pagar la viuda, por las razones espuestas, y si solo legàndole su marido el quinto ú otra cuota de la herencia, satisfarà á prorata de lo que reciba por esta causa, pues por razon de aquella se la contempla heredera, se utiliza en parte considerable de los bienes del difunto, y para saber á cuánto asciende es indispensable hacer inventario, tasacion, liquidacion y deduccion; lo cual no procede en los legatarios ó legados de cosa específica, ó cantidad determinada, porque para su entrega nada de lo dicho es preciso practicar.

2385 En órden á los herederos se ha de distinguir tambien. Si todos son instituidos igualmente, es incontrovertible que deben pagar con igualdad como que hay igual utilidad; pero si alguno ò algunos son mejorados en el tercio ò quinto, ò en ambos, ò por ser estraños estan instituidos en porciones diversas, deben satisfacer á prorata de su haber los gastos y derechos referidos; pues á proporcion de la ganancia deben sufrir el gravámen, como se practica en toda sociedad convencional, porque mayor

trabajo se tiene el prorateo y aplicacion al que mas lleva que al que menos, y asi se debe formar otra igual cuenta para la esaccion y repartimiento de ellos. Por otra parte, es indudable que á saberse à cuánto ascendian antes de evacuar la particion, se bajarian del cuerpo del caudal como deuda contra los sòcios interesados en él, al modo que las demas, y entonces pagaba cada uno en la forma espuesta.

2386 Por lo que hace á los derechos de sacar los títulos y papeles que falten de alguna ó algunas fincas de la herencia ó de la que se divide entre dos ò mas, haya ò no mejora, deben deducirse del cuerpo del caudal, porque si el testador los hubiera sacado, este menos dejaria; y puesto que no lo hizo, ni dividiò sus bienes de modo que no fuese preciso sacar copia de los de alguna ò algunas fincas para los interesados en ellas, es justo que todas las paguen.

2387 Los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia y trabajo del curador de algun heredero menor, loco ó fátuo, ó del defensor de algun ausente, no se comprenden en los referidos, porque como privativo de dichos interesados los deben satisfacer, á mas de los que en el concepto de herederos ó mejorados, si lo fuesen, les tocan; lo cuàl prevendrà el partidor por declaracion al fin de la particion, para que la tasacion se ejecute en los términos espuestos.

SECCION VII.

Si al heredero que defendiò la herencia ó mejorò los bienes de ella se deberán pagar las espensas que hizo.

2388 Se han de bajar del cuerpo del caudal los gastos útiles y necesarios que alguno de los herederos hizo á su costa en reparar y mejorar los bienes comunes de la herencia durante la comunion, y aplicàrsele enteramente como acreedor; y si no se bajasen, le deben satisfacer proporcionalmente los coherederos sus respectivas partes, hecho el cómputo entre estos y el que los hizo, porque cedieron en beneficio de todos, y asi se practica en la sociedad convencional. (Ley 16, tit. 10, Part. 5.) Y si habiéndolos interpelado para su pago no se lo hicieren, le deberán satisfacer desde la interpelacion, sea judicial ó estrajudicial, los justos intereses que à no haber espendido su dinero en los bienes de la herencia pudiera haber lucrado empleándola en otra cosa ó negocio. (Ayor., part. 3, *quæst.* 20.)

2389 Si alguno de los herederos que posee la herencia estando los demas ausentes, hiciere gastos en defenderla por querer quitàrsela otro, pariente ò estraño, con el pretesto de ser suyos los bienes ò por otros motivos, parece que los coherederos, si luego que vienen piden sus partes, deberán abonarle proporcionalmente los hechos en su defensa, porque á no haberlos desembolsado nada tendrian que tomar, sino gastar en recuperarlas si las querian; pero sin embargo, no estarán obligados en rigor de justicia à abonarle cosa alguna de su importe, ya porque no

los hizo por encargo suyo por lo que no compete contra ellos en la accion de mandato, sino la de *negocios hechos* (*negotiorum gestorum*) que se dà contra el que cuidò de los negocios del ausente ignorante sin su òrden; y ya porque los hizo por su propia utilidad en defender su parte y no la de los coherederos, á cuya consecuencia solo en el caso de haber satisfecho algunos mas por la defensa de todos deberàn abonarle el esceso. (Ayor., part. 3, *quœst.* 18.)

«Si el heredero que defendiò la herencia sabia ò presumia tener coherederos ausentes, no debe dudarse que aunque hizo dichos gastos por su propia utilidad, los hizo asimismo por la de aquellos y con ánimo de recuperar la parte que les correspondiese, si acaso parecian solicitando lo que les tocaba de la herencia; en cuya atencion se hallan obligados por un cuasi contrato, esto es, *por un hecho honesto que nos obliga ignorantemente con un consentimiento presunto por razon de equidad ó utilidad*; y asi, compete al heredero poseedor la accion de *negocios hechos*. En apoyo de esto puede alegarse la ley 26, tít. 12, Part. 5, que dice asi: *Vánse los homes á las vegadas de sus tierras é de sus lugares á otras partes, é por decuerdo ó por olvidanza non encomiendan sus casas nin sus heredades à quien las recabde nin las labre. E acaesce que algunos de los que fincan en aquellos lugares, por parentesco ó por amistad que han con aquellos que se van, estos de su voluntad, sin mandado de otro trabajasen de recabdar é de enderezar aquellas heredades, é las otras cosas que assi fincan como desamparadas é despienden* (*en ellas*) *de lo suyo á las vegadas, é á las veces esquilman de las heredades, é aprovéchanse dellas. E por ende decimos, que cuanto despendiere alguno desta manera en pro, ó en mejoría de la heredad, ó de las cosas de otro en nome dél, que tambien es tenudo de gelo facer cobrar el señor de la heredad, como si lo oviesse fecho por su mandado mismo. Otrosí, el otro es tenudo de dar al señor de la heredad lo que ende* (de ella) *esquilmare de mas de las depensas que y oviese fechas, dándole ende* (de esto) *cuenta verdadera é derecha.* Es verdad que esta ley habla solo del caso en que alguna persona se ausente sin haber encargado á nadie la custodia ó administracion de sus cosas, y otros tomen á su cargo el cuidado de ellas; pero parece que esto lo propone la ley como por ejemplo, y que no escluye los demas casos en que alguno evacue un negocio ageno en ausencia, ó con ignorancia del interesado, mayormente cuando la ley 33 del mismo título está concebida en términos generales. *Acuciosamente* (con mucha diligencia), dice, *é á buena fé el que se quiere trabajar de recabdar las cosas agenas, lo debe facer, é mayormente cuando face esto sin mandado de los dueños dellas, guardándose de non comprar, nin de facer otras cosas que non oviesse usado á comprar, nin á facer aquel cuyo es lo que recabda. Ca si contra esto ficiesse, é de aquello que comprase, ó ficiesse, viniesse algun daño ó menoscabo, quier viniesse por ocasion ó en otra manera cualquier, á él pertenesce todo, é non al señor de las cosas. Otrosi decimos, que si ganancia aviniesse, que debe ser del señor de las cosas; pero entonce las despensas que oviesse fecho en recabdarlas, dévelas cobrar.*» (Nota del reformador de Febrero.)

2390 Si el hermano ó heredero presente que no poseia la herencia la pidió toda para sí á quien la tenia, diciendo ser único he-

redero por haber fallecido otro que se habia ausentado, y despues de haberla obtenido en juicio parece el coheredero ausente pretendiendo la mitad, sin embargo de haberse dado la sentencia solamente en favor del presente, deberà ceder su derecho por mitad al ausente para que la perciba de los poseedores, y si está en posesion de ella entregársela; pues la sentencia aprovecha al coheredero: aunque debe pagar las espensas á proporcion. (Ayor., part. 3, cit. *quæst.* 19).

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

INDICE

DEL TOMO SEGUNDO.

Págs.

ERRATAS.

Página.	*Línea.*	*Dice.*	*Debe decir.*
28	36	*por qué*	*por que*
29	1	abrogados	arrogados
id.	39	lega	liga
33	3	**condicionos**	**condiciones**
34	9	*eiertas*	*ciertas*
121	6	viesen	vieren
147	19	femereidad	femineidad
188	40	espúreos	espúrios
id.	45	espúreo	espúrio
189	45	del tomo 4.º: va haciendo la estension al nieto	del tomo 4.º, haciéndola estensiva al nieto
190	16	la repetida:	la repetida ley:
213	43	que tales	qué tales